



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Direito

VICTOR HUGO GEBHARD DE AGUIAR

**AS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNO E O DIREITO INTERNACIONAL:
A EFICÁCIA E A APLICABILIDADE DAS NORMAS INTERNACIONAIS NAS
PERSPECTIVAS DE HART, TRIEPEL E KELSEN**

Brasília
2015

VICTOR HUGO GEBHARD DE AGUIAR

**AS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNO E O DIREITO INTERNACIONAL:
A EFICÁCIA E A APLICABILIDADE DAS NORMAS INTERNACIONAIS NAS
PERSPECTIVAS DE HART, TRIEPEL E KELSEN**

Monografia apresentada como requisito para a obtenção do bacharelado no curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Renato Zerbini Ribeiro Leão.

Brasília
2015

VICTOR HUGO GEBHARD DE AGUIAR

**AS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNO E O DIREITO INTERNACIONAL:
A EFICÁCIA E A APLICABILIDADE DAS NORMAS INTERNACIONAIS NAS
PERSPECTIVAS DE HART, TRIEPEL E KELSEN**

Monografia apresentada como requisito para a obtenção do bacharelado no curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Renato Zerbini Ribeiro Leão.

Brasília, 19 de outubro de 2015

Banca Examinadora

Prof. Dr. Renato Zerbini Ribeiro Leão
Orientador

Prof. Dr. Rodrigo Augusto Lima de Medeiros
Examinador

Prof. Me. Rudhra Gallina
Examinador

Aos meus pais, Wolner e Valquíria, que me proporcionaram todas as condições para concluir meus estudos; que, mesmo quando relutei, sempre me orientaram com sabedoria e paciência; que estiveram ao meu lado nos momentos de dúvidas; que me apoiaram em todas as minhas escolhas.

Às minhas irmãs, Mariana e Marina, que foram companheiras; que me distraíram das preocupações.

À minha namorada, Camila, que me acompanhou durante todo o curso; que compreendeu todas as horas dedicadas aos estudos; com quem dividi as angústias e preocupações dos finais de cada semestre.

Aos meus amigos e colegas, que muitas vezes dividiram suas anotações de aula; que me ajudaram nos estudos às vésperas das provas; com quem me diverti durante os semestres.

Aos meus professores, inclusive os de Ensino Fundamental e Médio, que comigo compartilharam seu conhecimento.

Ao meu orientador, que me deu sábios conselhos.

A vocês, um sincero obrigado.

“Ontem à noite eu pensei em todo o querosene que usei nos últimos dez anos. E pensei nos livros. E pela primeira vez percebi que havia um homem por trás de cada um dos livros. Um homem teve de concebê-los. Um homem teve de gastar muito tempo para colocá-los no papel. E isso nunca havia me passado pela cabeça.”

– Fahrenheit 451, Ray Bradbury

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar as relações entre o direito internacional e o direito interno, bem como discorrer acerca da juridicidade das normas internacionais. Para tanto, antes de se adentrar na discussão propriamente dita, há a delimitação dos conceitos principais a serem abordados durante o desenvolvimento do estudo, onde se propõe uma noção de direito, com objetivo de se evitar que as conclusões alcançadas sejam baseadas em definições vagas ou imprecisas. Em seguida, passa-se ao estudo das principais teorias acerca da problemática proposta, investigando se o direito interno e o direito internacional formam um único ordenamento jurídico ou se há uma dualidade de sistemas. Nessa parte, dá-se destaque às teorias de Hart, Triepel e Kelsen, assim como as perspectivas modernas. Finalmente, evitando-se que a discussão proposta tome rumos meramente teóricos, a aplicabilidade das teorias estudadas é colocada à prova, em um cotejo de seus pressupostos com a jurisprudência das cortes internacionais e nacionais, bem como da política no âmbito das relações internacionais.

Palavras-chave: Direito internacional. Direito interno. Monismo. Dualismo. Política internacional. Filosofia do direito.

ABSTRACT

The present paper aims to analyse the relations between international law and domestic law, as well as discourse about the juridicity of international rules. Therefore, before addressing the discussion itself, there is the delimitation of the main concepts to be covered during the development of the research, where a notion of law is proposed, objectifying to avoid that the conclusions reached be based on vague or inaccurate definitions. Then passes to the review of the most important theories about the issue analysed, investigating if international law and domestic law constitute a single legal order or if there is a duality of systems. In this part, the theories developed by Hart, Triepel and Kelsen are highlighted, likewise the modern perspectives. Finally, preventing that the discussion runs into a merely philosophical approach, the applicability of the theories studied is tested, based on a comparison of its presuppositions and the international and national court's jurisprudences, along with the politics on the international relations.

Keywords: International law. Domestic law. Monism. Dualism. International politics. Philosophy of law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 O DIREITO COMO SISTEMA JURÍDICO	12
1.1 O direito interno	16
1.2 O direito externo	17
1.2.1 Direito estrangeiro	17
1.2.2 Direito internacional	18
2 DAS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNO E O DIREITO INTERNACIONAL	21
2.1 A teoria monista nacionalista	22
2.1.1 O direito como a união de normas primárias e secundárias	23
2.1.2 Hart e a duvidosa existência de um direito internacional	25
2.1.3 Obrigações e sanções no direito internacional	27
2.1.4 Estados como sujeitos de obrigações: percepções de Hart	28
2.1.5 A natureza do direito internacional e sua hierarquia ante o direito interno	30
2.2 A teoria dualista	32
2.2.1 As diferenças entre o direito interno e o direito internacional	32
2.2.2 O primado do direito interno e a necessidade de incorporação das normas de direito internacional	37
2.3 A teoria monista internacionalista	38
2.3.1 A juridicidade do direito internacional	39
2.3.2 A unidade entre o direito interno e direito internacional	41
2.3.3 O primado da ordem internacional	43
2.3.4 A possibilidade do primado do direito interno	45
2.4 As teorias modernas acerca das relações entre o direito interno e o direito internacional	46
3 DA APLICAÇÃO DAS TEORIAS	51
3.1 A jurisprudência das cortes internacionais	51
3.2 A jurisprudência das cortes nacionais	54

3.2.1	O posicionamento do Supremo Tribunal Federal.....	59
3.3	Os tratados e a política internacional	61
3.3.1	A afinidade entre o contexto político internacional e a teoria realista das Relações Internacionais.....	68
3.4	A situação do direito internacional privado.....	70
 CONCLUSÃO		73
 REFERÊNCIAS		77

INTRODUÇÃO

As relações entre o direito internacional e o direito interno são permeadas por diversos questionamentos de ordem teórica, especialmente no âmbito da filosofia do direito. Ocorre que tais questões ensejam problemas práticos cujas soluções mais adequadas são diretamente dependentes do posicionamento teórico adotado pelo jurista que se dispôr a resolvê-los.

Considerando-se o contexto no qual está inserida a sociedade internacional, sobretudo com as novas perspectivas e desafios do direito internacional contemporâneo, é possível observar uma série de questionamentos fundamentais à própria essência das normas internacionais. Com efeito, os acontecimentos históricos recentes – cita-se, a título meramente exemplificativo, a situação envolvendo a disputa pelo controle da Península da Criméia, na Ucrânia – nos possibilitam aplicar as teorias sobre o direito internacional e verificar se suas proposições apresentam similitude com o contexto fático do cenário internacional.

Igualmente, o desenvolvimento e a proliferação de organizações internacionais promovem reflexões relevantes acerca da mitigação da soberania dos Estados, que abririam mão de seu poder soberano em prol de uma cooperação internacional que possibilite o alcance de objetivos comuns. Por outro lado, não há um consenso sobre até que ponto as normas estabelecidas por essas organizações vinculariam seus Estados membros, bem como se, sobretudo, seriam obrigatórias para países que não são membros de tais organizações internacionais.

Ademais, a maneira como a jurisprudência das cortes nacionais interpreta a aplicabilidade das normas de direito internacional é completamente divergente do entendimento da jurisprudência dos órgãos de justiça internacional. Certamente, nesse ponto, os questionamentos transcendem a esfera da argumentação jurídica e até da filosofia, envolvendo questões inerentes à política internacional. Ora, seria leviano crer que casos envolvendo as relações entre as normas nacionais e internacionais, devido à importância das consequências que geralmente ocasionam, teriam julgamentos essencialmente jurídicos e não seriam diretamente influenciados por questões políticas.

Assim, tais teorias refletem na observação do direito interno, restringindo ou aumentando o alcance normativo das regras nacionais em detrimento das normas internacionais. Desse modo, as teorias sobre direito internacional, por força da aplicação de

seus pressupostos, acabam por fazer considerações acerca das relações entre o direito interno e o direito internacional.

Certamente, o mais relevante e complexo problema que decorre dessas relações está ligado à hierarquia entre as normas internacionais e as normas nacionais, tendo em vista que o tema envolve discussões acerca dos mecanismos de incorporação do direito internacional ao direito interno, fundamento de validade das regras jurídicas, soberania dos Estados, segurança jurídica e, em especial, a própria juridicidade do direito internacional. Desse modo, é necessário observar quais são, de acordo com os fundamentos de cada teoria, os requisitos necessários para a validade e eficácia das normas internacionais.

Há, ainda, a questão envolvendo a unidade ou dualidade dos sistemas jurídicos. Todavia, essa discussão não apresenta grandes consequências práticas e suas reflexões, como poderá se perceber adiante, raramente extrapolam o escopo da filosofia do direito e causam consequências práticas. No entanto, ainda que se trate de uma discussão altamente teórica e pouco praxica, não merece ser desprezada no presente estudo e deve ter seu local de destaque devidamente reservado.

Efetivamente, todas essas questões citadas podem ser observadas através de uma multiplicidade de perspectivas, a saber: jurídica, filosófica, política, sociológica, antropológica. Entretanto, é evidente que, devido à natureza deste estudo, as discussões trazidas à baila serão observadas por uma perspectiva essencialmente jurídica, destacando, analisando e comparando-se os pressupostos das correntes teóricas do direito internacional. Todavia, uma análise puramente jurídica acabaria ensejando conclusões precárias e que se distanciam dos fatos observados na realidade. Por conseguinte, para que sejam obtidos entendimentos condizentes com a realidade fática, hão de ser aplicadas, eventualmente, visões de outros campos do conhecimento, possibilitando o alcance de conclusões globais e coerentes.

Desta feita, pretende-se esclarecer pontos essenciais das principais teorias sobre as relações entre o direito internacional e o direito interno, o que nos permitirá analisar acontecimentos relevantes no contexto internacional e verificar quais pressupostos teóricos são corroborados e quais são rechaçados. Serão destacadas, assim, três teorias clássicas sobre a temática proposta, o que, de certa forma, conferirá um caráter clássico a este estudo. Entretanto, modelos mais recentes e contemporâneos também terão suas perspectivas destacadas e hão de ser analisados, com menos destaque, é verdade, por entender-se que, invariavelmente, são derivações ou mesclas das teorias clássicas.

Assim, o presente estudo divide-se em três partes, quais sejam: (a) a delimitação de um conceito de direito, (b) o estudo das principais teorias sobre as relações acerca das relações entre o direito interno e o direito internacional, e (c) a aplicação das teorias. Nesse sentido, o estudo será desenvolvido a partir de uma metodologia dialética, comparando-se as teorias entre si e com a realidade do contexto internacional.

Por conseguinte, será viável, então, apresentar um modelo teórico que logre êxito em clarificar, de maneira satisfatória e congruente, as relações entre o direito interno e o direito internacional. Nesse desiderato, almeja-se que, ao final da pesquisa, seja possível constatar se o direito internacional e o direito interno constituem sistemas normativos autônomos ou se fazem parte de uma esfera jurídica única. Ademais, objetivar-se-á verificar se, em caso de antinomias jurídicas, a norma que deverá prevalecer, sendo apontada como hierarquicamente superior, é a internacional ou a nacional.

1 O DIREITO COMO SISTEMA JURÍDICO

Antes de se iniciar qualquer debate acerca das relações entre o direito interno e o direito internacional ou sobre a hierarquia dos sistemas jurídicos, é necessário que se conceitue o principal objeto da discussão teórica. Certamente, a indagação “o que é direito?” acompanhará os estudantes e profissionais da área jurídica desde as primeiras aulas em uma universidade ou o primeiro contato com a profissão sem que, contudo, jamais se obtenha uma resposta universal e perfeitamente aplicável a todas as situações.

Não se pretende, contudo, elaborar uma definição fechada, universal ou imutável de “direito”, mas apenas um conceito geral que permita o correto desenvolvimento de uma análise lógica e coerente das teorias e fatos apresentados. Igualmente, não se tem o objetivo de que a definição de “direito” seja reduzida a algo simplório, que exige poucas reflexões e questionamentos, ao passo que, não obstante, se possa observar os elementos que nos permitam delimitar uma concepção simples – mas não simplória, redundante – do objeto de estudo.

Entretanto, mesmo um conceito geral de “direito” não pode ser alcançado com a precisão com a qual se pode definir áreas do conhecimento como a matemática, a física, a química ou a medicina. Isso porque tais ramos do saber humano possuem natureza, escopos, métodos e objetos bem delimitados, sendo, assim, ciências na concepção clássica do termo. O mesmo não ocorre em disciplinas como o direito ou a psicologia que, constantemente – e, é preciso admitir, até com significativa razão –, têm seu caráter científico seriamente questionado por parte da doutrina.

Assim, feitas as ressalvas necessárias, passa-se, finalmente, a buscar um conceito geral de “direito”, que apresente as principais características do termo, nos possibilitando adentrar na discussão central proposta inicialmente. É necessário, todavia, destacar que “direito” é termo genérico e polissêmico, apresentando, portanto, várias acepções, dentre as quais pode-se destacar: (a) uma reivindicação válida, (b) a lei em sentido amplo, (c) um sistema jurídico-normativo, (d) uma teoria jurídica ou (e) um ideal de justiça.¹

Evidentemente, o direito como uma reivindicação é, em suma, o que os doutrinadores e teóricos definem como direito subjetivo ou *facultas agendi*. É a faculdade do sujeito de direito² invocar o ordenamento jurídico para a proteção de seus interesses ou

¹ NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 79

² Entende-se por sujeito de direito o ente dotado de personalidade jurídica, em outras palavras, a capacidade de atrair para si garantias e contrair obrigações.

pretensões. Possível visualizar, assim, o direito como uma reivindicação válida quando reconhecida a legitimidade de um indivíduo para acionar o Poder Judiciário buscando, por exemplo, a satisfação de um crédito oriundo de um contrato de aluguel ou a proteção da posse que detém sobre determinado bem.

Por outro lado, o conceito de direito como lei corresponde à definição de direito objetivo ou *norma agendi*. É a regra ou norma jurídica que regula o comportamento em sociedade instituindo direitos (subjettivos) e criando obrigações. Aproveitando o exemplo anterior, possível reconhecer o direito objetivo, respectivamente, nos artigos 569³ – que obriga o locatário a pagar o aluguel ao locador – e 1.210⁴ – que obriga a coletividade a respeitar a posse do indivíduo sobre o bem – do Código Civil.

A ideia de direito como sistema jurídico nos remete à noção de um conjunto de partes organizadas que mantêm, entre si, uma relação de coerência interna. É o conjunto harmônico formado por leis, costumes, princípios e normas em geral. Nessa toada, tem-se como exemplo o direito brasileiro, fundamentado na Constituição Federal, da qual derivam o Código Civil e todas as demais leis vigentes no Brasil, que, respeitando uma hierarquia pré-estabelecida e resguardando a coerência entre si, regulam as relações sociais em território brasileiro.⁵

A seu turno, o direito como teoria diz respeito à área do conhecimento humano que se dedica ao estudo das leis e as relações jurídicas que regulam a vida em sociedade. Seria assim, o direito ensinado nas faculdades, como área de especialização profissional.⁶

Finalmente, a ideia de direito como justiça, logicamente, remonta àquilo que é entendido como justo, devido ou correto. Percebe-se esse conceito nas expressões populares “fazer o que é direito” ou “homem direito”.⁷

Assim sendo, para a discussão proposta, é mais cara a concepção de direito como sistema jurídico, uma vez que possibilita uma melhor compreensão do termo. Por conseguinte, a partir de agora, na maioria das oportunidades em que se utilizar a palavra

³ Art. 569. O locatário é obrigado:

(...)

II - a pagar pontualmente o aluguel nos prazos ajustados, e, em falta de ajuste, segundo o costume do lugar;

⁴ Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

⁵ NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 80.

⁶ Ibidem, p. 80.

⁷ Ibidem, p. 81.

“direito”, o será feito na acepção destacada. Desta forma, avança-se, então, a discorrer acerca das características básicas que conferem uma essência jurídica a um sistema de regras.

Como visto, um sistema pressupõe a existência de certo grau de organização entre as partes que o compõem e uma relação de coerência interna. Evidente, então, que um sistema, independentemente de sua natureza, não comporta a existência válida e concomitante de duas partes incompatíveis entre si.⁸

Contudo, a simples definição de sistema mostra-se imprecisa para que seja possível alcançar, de modo minimamente satisfatório, um conceito de direito. Isso porque existem diversos sistemas normativos, como a moral, a ética e a religião, que podem se confundir com o que se pretende apontar como direito. Assim, o que diferenciaria, por exemplo, um sistema jurídico de um sistema moral? Quais seriam as características essenciais que confeririam a um sistema caráter jurídico?

Hão de ser analisadas, pois, duas definições de direito elaboradas por juristas cujas implicações de suas teorias levam a conclusões quase diametralmente opostas. Isso porque o cotejo de definições com consequências semelhantes seria pouco produtivo, justamente por não haver discordâncias a serem confrontadas posteriormente.

Inicialmente, assim, merece destaque a definição de Hans Kelsen, que entende o direito como “a técnica de controle social que consiste em obter a conduta social desejada dos homens através de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária”⁹. Por outro lado, Herbert L. A. Hart entende que

onde quer que exista um sistema jurídico, deve haver algumas pessoas ou um grupo de pessoas que proferem ordens de caráter geral, apoiadas por ameaças, que são geralmente obedecidas, e deve haver também a convicção geral de que essas ameaças podem ser efetivadas em caso de desobediência.¹⁰

Ora, pela análise das duas definições, é possível perceber que não há grandes divergências entre o que os teóricos entendem como direito, ainda que suas teorias tomem rumos completamente opostos. Desta forma, inegável que um sistema, para ser considerado jurídico, deve possuir, ao menos, duas características fundamentais, a saber, (a) a finalidade

⁸ NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 81.

⁹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 27.

¹⁰ HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 33.

de exercer o controle social e (b) a coercitividade de suas normas, instituindo sanções obrigatórias em caso de violação às suas determinações.¹¹

Há, todavia, uma terceira característica essencial para que se diferencie o direito de outros sistemas de controle social. A coercitividade das normas pressupõe a existência de um ente legitimado capaz de forçar o cumprimento das regras, capaz de aplicar sanções independentemente da vontade do sujeito violador da norma¹². Ora, mas por que isso distinguiria o direito de outros sistemas não jurídicos?

Toma-se, como exemplo para responder a questão, um sistema normativo estabelecido por uma religião. Certamente, proferir ofensas contra a divindade na qual se crê constituiria, para a comunidade religiosa, conduta extremamente reprovável, cuja uma das sanções possíveis seria a excomunhão. Contudo, a punição somente seria efetiva e obrigatória para o indivíduo caso ele optasse por se submeter às normas daquela religião. Um ateu ou um muçulmano, por conseguinte, mesmo que proferissem intensas blasfêmias contra o Deus católico e fossem sumariamente excomungados pelo Papa, não estariam, necessariamente, vinculados à excomunhão, pelo simples fato de não terem aceitado se submeter às regras católicas. O mesmo ocorre com o católico que, sancionado, decide abandonar o catolicismo, revogando seu consentimento de submissão às regras da religião, o que esvaziaria a obrigatoriedade da punição.¹³

Situação semelhante à descrita acima jamais ocorrerá no âmbito do direito, por força do contrato social existente entre os homens e o Estado, cuja vinculação dos indivíduos não depende da vontade subjetiva do indivíduo, mas sim da própria essência humana. Assim, o homem, por sua natureza livre e racional, não deixará de ser parte do contrato social, uma vez que impossível sua subsistência de forma isolada. As sanções, enfim, seriam legitimadas pela vontade da coletividade e aplicadas pelo Estado, independentemente da vontade ou da concordância do o indivíduo. Nas palavras do próprio Jean-Jacques Rousseau, “todo aquele que se recusar a obedecer à vontade social será forçado por todo o corpo a obedecer”¹⁴.

¹¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 29.

¹² HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 34.

¹³ KELSEN, Hans. **Op. cit.**, p. 29.

¹⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Paulo Neves. 7ª ed. Porto Alegre: L&PM, 2014. p. 37.

Direito seria, então, um sistema normativo destinado a regular as relações sociais, aplicando, em caso de desobediência, sanções coercitivas e obrigatórias impostas por um ente socialmente legitimado para tanto.¹⁵

Possível, nessa direção, observar uma divisão do direito quanto à extensão territorial sobre a qual o ente aplicador das sanções pode exercer o controle social. Surgem, por conseguinte, as noções de direito interno e direito externo, sendo que a última ainda se divide em direito estrangeiro e direito internacional, que vem a ser, junto com o direito interno, o objeto principal da discussão posta em tela.

1.1 O direito interno

Dentro da definição de direito proposta, não surgem grandes dificuldades ao se conceituar o que seria direito interno. Assim, por óbvio, o ente aplicador das sanções e socialmente legitimado seria o Estado, exercendo sua soberania e regulando as relações sociais com palco dentro de seu território.

O direito interno, seria, então,

denominação genérica aplicada para designar todo e qualquer direito, seja público ou privado, em que se formulam as regras para serem impostas às relações processadas dentro dos limites territoriais de um país.¹⁶

Trata-se, com efeito, de um direito nacional, como o direito brasileiro ou o direito estadunidense, que engloba o direito estabelecido pelos entes quem compõem o Estado. No caso do direito brasileiro, o direito interno compreende o direito estabelecido pela União, estados, municípios e o Distrito Federal.¹⁷

Dessa forma, tem-se um conceito que, juntamente com o direito internacional, o qual será destrinchado adiante, tomará posição central no palco onde serão pautadas as discussões teóricas e práticas propostas neste estudo.

¹⁵ HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 34.

¹⁶ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 476.

¹⁷ Ibidem, p. 476.

1.2 O direito externo

Em contrapartida, o direito externo seria, então, o conjunto de todos os sistemas jurídicos alheios ao direito interno. Em outras palavras, seria todo direito que, visto sob a ótica de um Estado determinado, regularia as relações em um território que não aquele sobre o qual recai a soberania deste Estado.¹⁸

Trata-se, em suma, de uma divisão que depende do Estado adotado como referencial. Ora, se tomado como referência o direito brasileiro, o direito estadunidense seria o direito externo, alternando-se as posições caso o referencial fosse o direito dos Estados Unidos.

Isto posto, há de se retomar a ideia de que o direito externo é gênero do qual é possível extrair duas espécies: o direito estrangeiro e o direito internacional. Por suposto, toda norma de direito estrangeiro ou de direito internacional será também uma norma de direito externo.

Importante destacar que, conforme será mais bem delimitado adiante, jamais poderá uma norma se integrar, simultaneamente, ao direito estrangeiro e ao direito internacional, uma vez que se tratam de esferas diversas. A primeira se refere ao direito que, observado sob a ótica de um Estado soberano, fora criado por outro Estado igualmente soberano. Em sentido diverso, a segunda versa sobre as normas criadas com o objetivo de regular relações ligadas a mais de uma soberania, entre Estados ou nações, como decorre da própria etimologia do termo “internacional”.

1.2.1 Direito estrangeiro

Mais uma vez, não existem maiores dificuldades para se definir o que viria a ser o direito estrangeiro. Seria exatamente o contraponto do direito nacional ou interno, sendo o que “assim se diz em referência ao direito, em sentido objetivo, vigente em um país estrangeiro”¹⁹.

O exemplo anterior, acerca do direito brasileiro e do direito estadunidense, representa exatamente o que definiu-se como direito estrangeiro. Trata-se, efetivamente, do direito estabelecido por um ente soberano frente ao direito de outro ente igualmente soberano.²⁰

¹⁸ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 476.

¹⁹ Ibidem, p. 474.

²⁰ Ibidem, p. 476.

Noutros termos, é o direito produzido unicamente a partir da vontade de um Estado soberano que não aquele tomado como referencial. A simplicidade do conceito, todavia, não esvazia sua importância para a discussão proposta, não sendo permitido desprezá-lo. Entretanto, não é provável que tal conceito seja invocado com muita frequência durante a abordagem das teorias, eis que o cerne da discussão é, como visto, o direito internacional.

1.2.2 Direito internacional

Embora as definições de direito externo e direito estrangeiro sejam significativamente simples, uma conceituação de direito internacional apresenta questões problemáticas e que envolvem a essência da discussão proposta. Em uma análise mais superficial, a própria etimologia do termo nos permitira depreender que o direito internacional compreenderia as relações desenvolvidas entre duas nações, dois Estados. A baixa complexidade desse raciocínio, todavia, não contempla todas as questões relativas ao que seria o direito internacional, não sendo suficiente para os fins deste estudo.

Em uma análise mais profunda, tem-se que o termo direito internacional foi cunhado a partir da expressão *international jurisprudence*, desenvolvida pelo filósofo britânico Jeremy Bentham, em 1781, quando este se debruçava sobre as ramificações da jurisprudência quanto às qualidades políticas dos sujeitos de direito. Assim, Bentham discorre:

(...) with regard to the political quality of the persons whose conduct is the object of the law. These may, on any given occasion, be considered either as members of the same state, or as members of different states: in the first case, the law may be referred to the head of internal, in the second case, to that of international jurisprudence.

Now as to any transactions which may take place between individuals who are subjects of different states, these are regulated by the internal laws, and decided upon by the internal tribunals, of the one or the other of those states: the case is the same where the sovereign of the one has any immediate transactions with a private member of the other: the sovereign reducing himself, pro re natâ, to the condition of a private person, as often as he submits his cause to either tribunal; whether by claiming a benefit, or defending himself against a burthen. There remain then the mutual transactions between sovereigns, as such, for the subject of that branch of jurisprudence which may be properly and exclusively termed international^{21 22}.

²¹ (...) no que diz respeito à qualidade política das pessoas cujas condutas são o objeto do direito. Essas devem, em qualquer ocasião, ser consideradas como membros do mesmo Estado, ou como membros de Estados diferentes: no primeiro caso, o direito deve ser entendido como interno, no segundo caso, como uma jurisprudência internacional.

Agora, como quaisquer transações que ocorram entre indivíduos que sejam sujeitos de Estados diferentes, estas são reguladas pelas leis internas, e julgadas pelas cortes internas de um ou de outro Estado; a situação é a mesma

Verifica-se, portanto, uma divisão no que é conhecido como direito internacional: o direito internacional privado e o direito internacional público.

A definição de Bentham permite deduzir, então, que o direito internacional privado remonta ao que os romanos entendiam como *jus gentium*, ou seja, o sistema jurídico que regula as relações entre indivíduos ligados a dois Estados diferentes e as relações entre um indivíduo e um Estado estrangeiro. Seria apresentado, então, “sob a forma de um Direito Internacional Civil, como de Direito Internacional Comercial”²³.

Por sua vez, o direito internacional público, inicialmente, envolveria as relações entre Estados soberanos. Contudo, com o desenvolvimento e aprofundamento das relações no cenário internacional, o termo evoluiu, passando a abarcar as relações entre Estados e organizações internacionais. Assim o direito internacional público passou a ser aquele “fundado nos tratados ou nos usos internacionais, constituindo-se pelo conjunto de regras aplicáveis às relações dos Estados entre si e destes com qualquer agrupamento internacional”²⁴.

Assim, a definição de direito internacional – especialmente no que tange ao direito internacional público, ainda que, conforme se perceberá adiante, a concepção de direito internacional privado tenha seu destaque – surge como um ponto crucial para o desenvolvimento do estudo proposto, já que, a partir desse conceito serão abordadas as teorias sobre as relações entre o direito interno e direito internacional.

Entretanto, há uma particularidade extremamente importante no que tange ao conceito de direito internacional. A relativa simplicidade verificada nas relações entre um Estado e os indivíduos a ele vinculados não se repete nas relações existentes entre Estados soberanos ou entre indivíduos e Estados estrangeiros.

Isso porque, quando observadas as relações orientadas pelo regime do direito interno, só há a incidência de poder de uma única soberania. Em contrapartida, quando

quando um Estado mantém relações imediatas com um ente privado de outro Estado: a soberania do Estado se reduz, *pro re nata*, à condição de um ente privado, uma vez que submete a relação a um dos tribunais, seja para afirmar um benefício ou para se defender de um fardo. Restam, então, as relações mútuas entre soberanias, que, quanto à matéria do ramo da jurisprudência, podem ser correta e exclusivamente denominadas internacionais. (Tradução livre)

²² BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*. 1ª ed. Kitchener: Batoche Books, 2000. p. 236.

²³ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 476.

²⁴ *Ibidem*, p. 476.

analisadas as interações regidas pelo direito internacional público, é notória a concorrência de, pelo menos, duas soberanias, justamente por se tratar sobre relações entre países ou entre estes e organizações internacionais que, em síntese, são agrupamentos de países. O concurso de soberanias também acontece no direito internacional privado, ainda que indiretamente, uma vez que é preciso se ater à soberania do Estado estrangeiro e, indiretamente, à do Estado ao qual está submetido o indivíduo.²⁵

Decerto, esse concurso de soberanias enseja questões acerca da existência de um ente capaz de controlar as condutas dos Estados, o que esvaziaria a obrigatoriedade das sanções aplicadas, fazendo a existência do direito internacional como um sistema jurídico ser questionada. Esse assunto, todavia, devido à sua complexidade, será abordado com maior profundidade a seguir.

²⁵ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 477.

2 DAS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNO E O DIREITO INTERNACIONAL

A questão das relações entre o direito internacional e o direito interno, especialmente no tangente à unidade ou dualidade de sistemas, bem como sobre a hierarquia entre as esferas jurídicas, é abordada por diversos juristas. Com efeito, os posicionamentos teóricos divergentes tomados pelos estudiosos implicam em classificações igualmente diversas.

Como já mencionado, a problemática em estudo apresenta duas características bem definidas: uma de natureza teórica, consubstanciada na hierarquia entre as normas nacionais e internacionais, bem como na unidade ou dualidade dos sistemas; outra de natureza prática, relativa ao modo adequado de solucionar eventuais conflitos entre as normas.²⁶

Existe uma vasta gama de visões e perspectivas teóricas sobre o tema, o que enseja inúmeras maneiras de classificá-las e subdividi-las. Ocorre, todavia, que a maioria das divisões entre as teorias se baseia na unidade ou na dualidade dos sistemas, o que, como será perceptível ao longo da análise e aplicação dos constructos teóricos, tem pouca relevância prática. Soa mais razoável, então, valer-se de uma classificação pautada na hierarquia entre os sistemas, justamente porque as divergências teóricas ensejam consequências práticas bastante significativas.²⁷

Nesse sentido, para delimitar os marcos teóricos a serem utilizados no presente estudo, utilizar-se-á a classificação elaborada pelo jurista italiano Antonio Cassese. Portanto, serão postas em discussão três correntes teóricas clássicas, divididas, nas palavras de Cassese, da seguinte maneira:

The question whether international rules make up a body of law not only different but also radically autonomous and distinct from municipal (or national) legal orders has been the subject of much controversy. Three principal theoretical constructs have been advanced: first, the so-called monistic view advocating the supremacy of municipal law, then the dualistic doctrine, suggesting the existence of two distinct sets of legal order (international law, on one side, and municipal legal systems on the other), and finally the monistic theory maintaining the unity of the various legal systems and the primacy of international law^{28, 29}.

²⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 84.

²⁷ CASSESE, Antonio. **International Law**. 1ª ed. New York: Oxford University Press, 2002. p. 162.

²⁸ A dúvida se as normas internacionais constituem um corpo jurídico não somente diferente mas também radicalmente autônomo e distinto das ordens municipais (ou nacionais) tem sido objeto de muita controvérsia. Três principais constructos teóricos foram desenvolvidos: primeiro, a então denominada visão monista, advogando pela supremacia do direito municipal, em seguida, a doutrina dualista, sugerindo a existência de dois conjuntos distintos de ordenamentos jurídicos (direito internacional, de um lado, e os sistemas municipais de

Em síntese, serão estudadas duas teorias monistas, que prezam pela unidade entre os sistemas, e uma teoria dualista, que entende o direito interno e o direito internacional como ordenamentos distintos. Com o intuito de se diferir as teorias monistas, elas serão denominadas monista nacionalista e monista internacionalista. Assim, as teorias clássicas abordadas serão (a) monista nacionalista, (b) dualista e (c) monista internacionalista.

Não se pode olvidar, no entanto, que tais teorias clássicas, ainda que extremamente respeitáveis, foram cunhadas ainda na primeira metade do século passado e, portanto, ignoram parte da complexidade que acabou por envolver as relações internacionais no período contemporâneo. Desse modo, limitar-se ao estudo das teorias clássicas acabaria por restringir as conclusões alcançadas, o que é temerário para qualquer construção racional e extremamente desaconselhável.

2.1 A teoria monista nacionalista

As origens da teoria monista nacionalista remontam a 1651, fundadas nos escritos constantes n' *O Leviatã*, de Thomas Hobbes, que afirma:

Há uma consequência dessa guerra entre os homens: nada pode ser injusto. As noções de bem e mal, de justiça e injustiça, não encontram lugar nesse procedimento; não há lei onde não há poder comum e onde não há lei não há justiça.³⁰

As considerações de Hobbes inspiraram vários juristas a questionar a própria existência do direito internacional como ordem essencialmente jurídica. Entre as inúmeras derivações teóricas oriundas de pensamento hobbesiano, destaca-se a do jurista e filósofo britânico Herbert L. A. Hart.³¹

Ressalta-se, neste ponto, que a teoria de Hart consiste, basicamente, na crítica à existência de um direito internacional, admitindo apenas a existência de um direito interno. Assim, como não haveria uma ordem jurídica internacional, a ordem nacional seria a que

outro), e, finalmente, a teoria monista sustentando a unidade dos vários sistemas jurídicos e a primazia do direito internacional. (Tradução livre)

²⁹ CASSESE, Antonio. *International Law*. 1ª ed. New York: Oxford University Press, 2002. p. 162.

³⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de Rosina D'Angina. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 106.

³¹ BULL, Hedley. *A Sociedade Anárquica: Um estudo sobre a ordem política e mundial*. Tradução de Sérgio Bath. 1ª ed. São Paulo: Universidade de Brasília, 2002. p. 153.

estabeleceria as regras jurídicas a serem adotadas, decorrendo daí, portanto, o caráter nacionalista desta construção teórica.³²

Não se pode, contudo, analisar o pensamento de Hart sobre o direito internacional sem uma compressão prévia acerca dos conceitos de normas primárias e normas secundárias. Isso ocorre porque é justamente a partir desses conceitos que, na visão de Hart, é possível verificar os elementos que constituem uma ordem jurídica.³³

2.1.1 O direito como a união de normas primárias e secundárias

Inicialmente, há de se esclarecer o que viriam a ser normas primárias e normas secundárias. Ora, norma primária seria aquela destinada à regulação direta da conduta humana, regras cujo objeto é, propriamente, a ação do indivíduo no âmbito social, permitindo ou repriminando comportamentos. A norma secundária, a seu turno, vem a ser aquela que tem como objetivo regular as regras primárias, dando-lhes uma organização e aplicação racional.³⁴

A complexidade das relações sociais e dos conflitos delas advindos faz com que a existência de uma sociedade implique na existência de uma autoridade, que teria o dever regular as interações entre os membros da sociedade. Dessa forma, a existência de uma sistemática jurídica depende, em regra, da concorrência desses dois tipos de normas. Excetuam-se à regra apenas as comunidades que Hart define como “primitivas”, que são as formadas por poucos membros, unidos por laços familiares ou convicções comuns, onde exista relativa equivalência de força física entre os indivíduos e a simples pressão social bastaria para que a maioria tivesse respeito pelas normas.³⁵

O papel das normas secundárias, nas sociedades que não fogem à regra seria, então, remediar três defeitos da vida social: a incerteza das obrigações sociais, a estaticidade das normas primárias e a ineficiência da pressão social que mantem as normas primárias. Hart, então, deriva das normas secundárias uma espécie própria de norma para solucionar cada defeito, sendo elas, respectivamente, as normas reconhecimento, as normas de modificação e as normas de julgamento.³⁶

Com efeito, a incerteza das obrigações sociais surge porque

³² HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 117.

³³ Ibidem, p.118.

³⁴ Ibidem, p.119.

³⁵ Ibidem, p.119.

³⁶ Ibidem, p.122-125.

as normas que orientam a vida do grupo não formam um sistema, mas consistem simplesmente num conjunto de padrões isolados, sem nenhuma característica identificadora comum, exceto, é claro, pelo fato de constituírem as normas aceitas por um grupo específico de seres humanos.³⁷

Dessa forma, havendo qualquer dúvida acerca do âmbito de aplicação das normas primárias ou sobre a própria essência dessas normas, deve existir um procedimento próprio por meio do qual se resolve a incerteza. Tal procedimento seria alcançado, portanto, pelas normas de reconhecimento – frisa-se, que se distinguem das normas primárias por não criarem obrigações e regularem diretamente a conduta humana –, que servem como marco da transição de uma norma do universo pré-jurídico ao universo jurídico, determinando os meios pelos quais se pode saber, certamente, qual a maneira correta de aplicar a norma primária. As normas de reconhecimento, assim, remontam à noção de concretização da norma primária, ou, em outras palavras, de posituação das regras de conduta, do estabelecimento de um *dever ser* da norma primária por uma autoridade legitimada pela sociedade.³⁸

O defeito da estaticidade das normas primárias ocorre porque as sociedades são formadas e consolidadas em um lento processo no qual as regras de comportamento nascem como opcionais e se desenvolvem até que se tornem habituais, costumeiras e, finalmente, obrigatórias. O abandono de regras primárias, onde condutas antes punidas passam a ser toleradas, ocorre de forma igualmente lenta. Nasce, então, a necessidade de uma norma secundária para que se possibilite que as normas primárias sejam alteradas, incluídas ou excluídas, com o objetivo de se orientar a vida da sociedade. Essas normas secundárias seriam, exatamente, as normas de modificação, que correspondem, nesse sentido, à possibilidade de revogação ou promulgação de leis, estabelecendo procedimentos mais ou menos rígidos para tanto de acordo com cada caso.³⁹

Finalmente, o defeito da ineficiência da pressão social difusa, ou seja, a incapacidade de fazer com que a reprovação dos membros da sociedade seja capaz de reprimir determinada conduta, surge quando não há uma instância especial instituída de poderes para aplicar coercitivamente as sanções, quando estas são aplicadas diretamente pelos indivíduos afetados pela conduta violadora ou pela sociedade como um todo. A norma de julgamento, por conseguinte, seria a espécie de norma secundária destinada a determinar as formas básicas

³⁷ HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 119.

³⁸ Ibidem, p.121.

³⁹ Ibidem, p.124.

que deverão ser observadas quando do julgamento de condutas e aplicação de sanções, determinando os indivíduos que seriam os juízes e os procedimentos a serem adotados no julgamento. Trata-se, em suma, de uma norma que institui um monopólio oficial para a aplicação de sanções, conferindo a uma instância especial – o Estado em si, em referência ao *Leviatã* de Hobbes – o monopólio do uso legítimo da força.⁴⁰

É verdade que há grande relação de interdependência entre as espécies de normas secundárias, sendo comum, e até necessário, por exemplo que uma norma de julgamento seja instituída por uma norma de reconhecimento para que se justifique a aplicação de uma norma de modificação. Ora, em termos práticos: o artigo 240 do Código Penal (norma primária), que criminalizava o adultério, fora revogado pela Lei n. 11.106/2005 (norma modificadora), não se aplicando os procedimentos penais da Lei n. 9.099/95 (norma de julgamento) aos adúlteros, uma vez que a Constituição, em seu artigo 5º, inciso XXXIX (norma de reconhecimento), estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina”.

É, assim, a partir da união das normas primárias e normas secundárias que é possível perceber conceitos jurídicos como obrigações, legislação, jurisdição e sanção. Efetivamente, a ausência de qualquer das espécies de normas secundárias acabaria por prejudicar seriamente a juridicidade de qualquer sistema normativo, uma vez que tais normas exercem papel fundamental para a estabilidade e adequação do direito em relação à comunidade cujas suas normas regem, pois, como visto, há, entre elas, uma intensa relação de interdependência.

2.1.2 Hart e a duvidosa existência de um direito internacional

Ao se analisar o conceito de direito, tem-se que o termo pressupõe a existência de certos elementos, que são facilmente verificados no âmbito do direito interno, mas que se tornam bastante problemáticos quando se trata do direito internacional. No direito brasileiro, assim como em qualquer outro sistema jurídico nacional, tem-se um Poder Legislativo bem definido, que cria, extingue ou modifica as normas de comportamento aplicáveis à sociedade, bem como também tem-se tribunais perante os quais devem ser julgados os indivíduos que violarem tais normas e com poderes para decidir e aplicar as sanções cabíveis a cada transgressão.⁴¹

⁴⁰ HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 127.

⁴¹ *Ibidem*, p.127.

No direito internacional, entretanto, não se consegue visualizar com certeza, ou mesmo com alguma clareza, a existência de um ente legislativo capaz de criar normas obrigatórias para todos os Estados. Também não há uma corte ou tribunal com jurisdição mandatória e legitimado a aplicar sanções de forma organizada.

É preciso destacar que parte da doutrina internacionalista acredita que os princípios do *pacta sunt servanda* e da boa-fé poderiam criar meios de se aplicar sanções aos Estados com algum grau de centralização. Entretanto, a mesma doutrina reconhece que, para tanto, seria necessário que o Estado anuísse com as sanções, por meio de declaração de vontade⁴². No entanto, conforme será melhor abordado mais adiante, essa lógica busca espeque na teoria da autolimitação, que não é aceita pelo monismo nacionalista de Hart.⁴³

As diferenças entre o direito interno e o direito internacional permitem a Hart afirmar que

A ausência dessas instituições significa que as normas aplicáveis aos Estados se assemelham ao tipo simples de estrutura social que consiste apenas em normas primárias de obrigação, estrutura essa que, quando encontrada em sociedades compostas de indivíduos, costumamos contrastar com um sistema jurídico evoluído.⁴⁴

A falta de tais instituições no âmbito do direito internacional, com efeito, culmina na inexistência das normas secundárias de reconhecimento, modificação e julgamento. Não haveria, portanto, um critério geral por meio do qual seria possível identificar as normas do direito internacional.

Então, ao se fazer um cotejo entre o direito internacional e o direito interno – sistema sobre o qual não pairam dúvidas quanto à sua juridicidade e, normalmente, usado como paradigma do conceito de direito –, nota-se duas questões duvidosas que abalam a juridicidade do direito internacional. A primeira é baseada exatamente na noção de direito anteriormente estudada, especialmente no tocante à ideia de que o direito seria estabelecido a partir de normas sustentadas por ameaças, em virtude das diferenças entre a natureza das normas do direito interno e do direito internacional. A segunda dúvida, a seu turno, é fundada na impossibilidade de, nas relações entre os países, se entender o Estado como sujeito de

⁴² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 87.

⁴³ HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 276.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 276.

obrigações jurídicas, sobretudo quando contrastados com os sujeitos do direito interno, como se verá adiante.⁴⁵

2.1.3 Obrigações e sanções no direito internacional

Fora estabelecido, anteriormente, que uma das características do direito seria, exatamente, a sua obrigatoriedade quanto ao cumprimento das normas por ele estabelecidas e quanto à aplicação sanções em casos de desobediência a tais normas. Essa obrigatoriedade, portanto, vincularia os sujeitos ao direito que os rege.

As relações que são objeto de regulação do direito internacional, por envolverem Estados, em muito se diferem das regidas pelo direito interno. Ao fazer tal constatação, Hart indaga, então, se normas que se destinam a regulamentar a conduta de Estados poderiam criar obrigações. A resposta reside, assim, na existência de sanções centralmente organizadas, facilmente verificadas no direito interno, mas, para Hart, pela ausência de um Poder Legislativo internacional bem definido e de uma corte com jurisdição obrigatória – e, conseqüentemente, de normas secundárias –, inexistentes no direito internacional.⁴⁶

A falta de sanções centralmente organizadas no direito internacional configura uma gritante diferença com relação ao direito interno, levando Hart a concluir que, “a partir daí, a argumentação é simples: se, por essa razão, as normas do direito internacional não são ‘vinculantes’, é realmente indefensável levar a sério sua classificação como direito”⁴⁷.

Note-se que, nessa lógica, a ideia de obrigação está intrinsecamente ligada à ideia de uma sanção em caso de descumprimento. Todavia, a existência de um direito internacional seria questionável ainda que, com base no argumento de que o direito seria sustentado por ameaças, houvesse a desvinculação entre obrigações e sanções.⁴⁸

Isso ocorre porque, mesmo que considerada a independência de sanções para a criação de obrigações, o direito internacional, assim como o direito interno, para ser considerado um direito, deve contar com normas secundárias. Ora, nas comunidades formadas por indivíduos, por todos os homens terem forças físicas relativamente semelhantes, há a certeza de que, em qualquer situação, a força de uma maioria que deseja manter e cumprir as

⁴⁵ HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 279.

⁴⁶ Ibidem, p. 279.

⁴⁷ Ibidem, p. 280.

⁴⁸ Ibidem, p. 280.

normas estabelecidas será sempre maior do que a daqueles que almejem subvertê-las. Dessa forma, as sanções poderiam sempre ser aplicadas com sucesso e segurança contra os transgressores das normas, fazendo com que a ameaça de tais sanções, em regra, iniba o desrespeito às regras determinadas.⁴⁹

As diferenças de força e poder entre os Estados, por outro lado, fazem com que não exista “a confiança permanente em que a força combinada dos países que apoiam a ordem internacional possa prevalecer sobre as potências inclinada à agressão”⁵⁰. Em consequência disso, a aplicação de sanções, ou até mesmo sua ameaça, poderia acarretar em gravíssimos incidentes diplomáticos e dificilmente dissuadiriam um país poderoso. Os riscos de uma guerra, contudo, são de difícil previsão, o que proporciona as épocas de paz pelo receio dos Estados em terem perdas demasiadamente grandes. Dessa forma, os países acabaram por criar normas, mesmo sem um ente centralmente organizado, para regulamentar as relações entre si, havendo grande pressão para que tais normas sejam constantemente respeitadas.

A eficácia dessas normas, contudo, estaria limitada à vontade dos Estados. Dessa forma, Hart entende que

Evidentemente, pode-se dizer que tais normas só são eficazes na medida em que se refiram a problemas em razão dos quais os Estados não estejam dispostos a guerrear. Isso pode ser verdade, e depõe negativamente sobre a importância do sistema e seu valor para a humanidade. No entanto, o simples fato de que alguma coisa seja obtida evidencia que não se pode fazer uma dedução simples a partir da necessidade de sanções organizadas para o direito interno, em seu cenário de fatos físicos e psicológicos, para chegar à conclusão de que, sem tais sanções, o direito internacional, num contexto tão diferente, não imponha obrigações, não seja “vinculante” e, portanto, não mereça ser denominado “direito”.⁵¹

Por estas razões, Hart, então, entende que não seria possível conceder ao dito direito internacional um caráter essencialmente jurídico, aos moldes do que é levado a cabo com o direito interno.

2.1.4 Estados como sujeitos de obrigações: percepções de Hart

Em outra análise, a soberania do Estados, conceito paradigma para as relações internacionais e essencial para a própria concepção de Estado, conflita com a ideia de que o

⁴⁹ HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 281.

⁵⁰ Ibidem, p. 282.

⁵¹ Ibidem, p. 284.

direito internacional seria obrigatório. Surge, então, uma perplexidade quanto à possibilidade de um ente soberano estar vinculado ao direito internacional.⁵²

Inicialmente, há de se esclarecer que Hart entende como soberania a não sujeição de um Estado a controles políticos ou jurídicos. Em termos leigos, seria a independência de um país ou nação. Ora, seria, *a priori*, inconcebível que houvesse alguma maneira de limitar a soberania dos Estados.⁵³

Hart, no entanto, cita maneiras por meio das quais poderiam ser impostas limitações à soberania: (a) a criação de uma instância legislativa mundial com poderes para deliberar sobre questões externas e internas dos Estados; (b) um poder legislativo federal para tratar apenas de assuntos específicos; (c) um regime baseado em normas aceitas por todos os Estados; ou (d) obrigações contratuais auto impostas pelos Estados.⁵⁴

Com efeito, a limitação à soberania dos Estados seria possível por meio de normas claras e reconhecidas que lhe restringissem a extensão. As normas do direito internacional, todavia, são, em geral, vagas e imprecisas, o que não nos permite verificar a real extensão dos poderes soberanos das nações. Hart traz à tona teorias segundo as quais a ausência de um legislador supranacional e superior à soberania dos Estados não implicaria, necessariamente, na inexistência de um “direito” internacional. Deve-se questionar, para tais teorias, qual seria o limite de autonomia que o direito internacional conferiria aos Estados.⁵⁵

A resposta para o questionamento acima seria a aplicação das teorias da autolimitação, que tentam conciliar a soberania dos Estados com um caráter vinculativo do direito internacional, segundo as quais as nações só poderiam ser vinculadas por obrigações auto impostas. Hart, contudo, refuta a teoria da autolimitação afirmando, inicialmente, que a possibilidade de limitação à soberania apenas por meio de obrigações impostas pelos próprios Estados não teria qualquer fundamentação e só teria repercussão por ser sistematicamente repetida. Em seguida, Hart aduz que

o consentimento de um Estado ou os compromissos assumidos em tratados são considerados simples declarações sobre a conduta que ele pretende ter no futuro, não sendo o descumprimento dessas declarações ou acordos considerado uma violação de qualquer obrigação.⁵⁶

⁵² HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 285.

⁵³ Ibidem, p. 286.

⁵⁴ Ibidem, p. 287.

⁵⁵ Ibidem, p. 289.

⁵⁶ Ibidem, p. 290.

Sua crítica continua, afirmando que, para que a simples declaração obrigasse o Estado, deveriam existir normas anteriores que estabelecessem tal obrigatoriedade, sendo que essas normas não poderiam ser vinculativas pela vontade dos próprios Estados. Finalmente, Hart aduz que as normas do direito internacional teriam essência completamente consensual e, seriam elas a única maneira de se criar obrigações internacionais entre os Estados. A consensualidade não poderia, portanto, vincular as nações. A conclusão de Hart acerca da teoria da autolimitação, dessa forma, é que esta se inspira apenas em dogmas abstratos e dá pouquíssima importância aos fatos, não havendo, assim, qualquer maneira de se limitar a soberania dos Estados e impor-lhes obrigações internacionais.⁵⁷

2.1.5 A natureza do direito internacional e sua hierarquia ante o direito interno

Tem-se que as normas do direito internacional não são, em regra, são vinculativas, não logrando êxito criar obrigações aos Estados, bem como carecem de um sistema de aplicação de sanções centralmente organizado para coibir eventuais transgressões a seus estatutos. Com efeito, a ausência de tais características não possibilitaria concluir que o direito internacional seria, propriamente, um “direito”.⁵⁸

Hart ainda refuta argumentos que tentam equiparar o direito internacional a um sistema jurídico por meio de analogias quanto à forma e conteúdo de suas regras, que, incontestavelmente, se assemelham às do direito interno. Ainda que tais analogias pareçam, inicialmente, satisfatórias, existem diferenças gritantes entre o direito interno e o direito internacional, o que acabaria por solapar qualquer possibilidade de se conceber o direito internacional como um sistema jurídico.⁵⁹

Uma das diferenças citadas se refere ao reconhecimento da validade de acordos celebrados mediante violência. Nenhum dispositivo no direito interno reputa válido acordo, contrato ou até mesmo mera declaração de vontade obtida por meio de ameaças, violência ou coação de qualquer sorte. Por outro lado, é comum que, no contexto do direito internacional, países vencidos em guerras sejam compelidos a assinar tratados de rendição assumindo a responsabilidade pelos conflitos ou ceder territórios, pois, se não o fizerem, continuariam sob

⁵⁷ HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 300.

⁵⁸ Ibidem, p. 302.

⁵⁹ Ibidem, p. 302.

ataques do vencedor. Esses tratados não são sequer questionados e acabam sendo aceitos como válidos pelos demais Estados. Ora, é incompatível com a própria essência e função social do direito que um sistema que reconhece a validade de acordos celebrados mediante violência seja considerado “direito”.⁶⁰

Outra diferença fundamental entre o direito interno e o direito internacional é que, neste, um Estado só poderia ser levado a julgamento em uma corte internacional após ter expressamente consentido com essa possibilidade, enquanto no direito interno a aquiescência dos indivíduos é completamente desnecessária para que sejam julgados. Decerto, ainda que as sentenças da Corte Permanente de Justiça Internacional e, posteriormente, da Corte Internacional de Justiça – que se assemelhariam, em tese, a um ente central capaz de impor sanções – tenham sido devidamente cumpridas pelos Estados, elas só o foram porque as nações condenadas assim o permitiram, pois, caso desajassem não cumpri-las, não haveria qualquer meio de se forçar a execução das decisões.⁶¹

Se o direito internacional não seria propriamente um “direito”, seria comum tentar equipará-lo à noção de moral. Embora o estudo sobre a moral não seja aqui objeto de estudo, não se pode olvidar que Hart não reduz o que é chamado de direito internacional ao conceito de moral. Ora, a principal diferença entre as duas esferas é que as regras de direito internacional podem, em virtude da necessidade de sua existência, ser arbitrárias – embora, nem todas o sejam –, enquanto as regras morais não suportam arbitrariedades, tendo em vista que pressupõe a concordância daqueles que as instituíram.⁶²

Dessa forma, o direito internacional seria tão somente um conjunto de normas primárias e que, talvez, “esteja atualmente num estágio de transição rumo à aceitação desta e de outras forma que, em termos de estrutura, o aproximariam mais de um sistema de direito interno”⁶³. Embora já tenha se passado mais de meio século desde o desenvolvimento do raciocínio de Hart, a situação ainda permanece a mesma, sendo que o direito internacional ainda carece de desenvolvimento para se tornar, efetivamente, um “direito”.⁶⁴

Quanto à hierarquia entre o direito internacional e o direito interno, a conclusão, ainda que não expressa no raciocínio de Hart, é significativamente óbvia. Ora, se o direito internacional não é um “direito”, não poderia, portanto, ter força normativa superior à do

⁶⁰ HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 303.

⁶¹ Ibidem, p. 304.

⁶² Ibidem, p. 305.

⁶³ Ibidem, p. 305.

⁶⁴ Ibidem, p. 306.

direito interno. Seria, assim, completamente incoerente concluir que um sistema que não ostenta o título de direito pudesse ter ascendência normativa sobre um sistema que se amolda ao conceito de direito.⁶⁵

2.2 A teoria dualista

A teoria dualista, por sua vez, tem como um de seus expoentes o jurista alemão Karl Heinrich Triepel. Esse constructo teórico afirma que o direito internacional e o direito interno constituem duas esferas jurídicas distintas, não havendo que se falar em unidade de sistemas.⁶⁶

Veja-se, então, que, diferentemente de Hart, Triepel parte da premissa de que o direito internacional seria um sistema jurídico propriamente dito e que se relacionaria intensamente com o direito interno. A teoria dualista configura-se, com efeito, como um constructo teórico muito menos conceitual do que a teoria monista nacionalista, não se preocupando demasiadamente com o conceito de direito e com a adequação do direito internacional a essa conceituação.⁶⁷

Por suposto, se a teoria dualista não tem origem em conceitos, seus fundamentos só poderiam ser obtidos através de uma análise mais prática da realidade. Dessa forma, a praticidade dessa teoria possibilita a conclusão que o direito interno e o direito internacional constituiriam sistemas diversos e independentes. Triepel, todavia, não despreza a importância teórica da discussão, reconhecendo sua extrema relevância filosófica para a teoria do direito.⁶⁸

2.2.1 As diferenças entre o direito interno e o direito internacional

O ponto de partida da teoria dualista de Triepel é, exatamente, a diferenciação entre o direito interno e o direito internacional. A diferença entre os sistemas seria verificada, *a priori*, pelos mesmos critérios por meio dos quais se diferencia o direito penal do direito do consumidor e ambos do direito do trabalho. Os diversos “direitos” devem, portanto, ser divididos e separados de acordo com as qualidades comuns que suas regras apresentam.

⁶⁵ HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 306.

⁶⁶ TRIEPEL, Karl Heinrich. **As relações entre o direito interno e o direito internacional**. Tradução de Amílcar de Castro. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.6, v.17, p. 7-64, 1966. p. 7.

⁶⁷ Ibidem, p. 7.

⁶⁸ Ibidem, p. 8.

Para sustentar seu argumento, Triepel afirma haver duas bases de distinção entre o direito interno e o direito internacional, quais sejam:

Quando falamos de relações entre o direito internacional e o direito interno, supomos como estabelecido que o direito internacional é alguma coisa diferente do direito interno. Em nossa opinião, o direito internacional e o direito interno são noções diferentes. (...) Trata-se principalmente de duas bases de distinção. Ou bem consideramos as relações sociais, que são regidas pelas normas jurídicas, e dividimos o conjunto dessas normas em ramos, ou em partes, do direito, cada uma das quais submete a suas disposições uma categoria distinta de relações. (...) Ou então consideramos a vontade da qual emanam as regras jurídicas, isto é, as fontes do direito e, assim procedendo, dividimos o direito em sistemas jurídicos diferentes, cada um dos quais nasce de uma fonte particular.⁶⁹

As bases de distinção entre os sistemas jurídicos seriam, então, (a) as relações sociais que regem e (b) a vontade da qual derivam suas regras. A distinção quanto às relações sociais ocorre quando se verifica que o direito interno é aquele que fora estabelecido por um Estado soberano, englobando tanto as normas propriamente ditas como as regras de direito consuetudinário, como inicialmente tratado. Com efeito, as relações entre indivíduos submetidos à mesma soberania (direito privado) e as relações destes com o Estado que as tutela (direito público) constituiriam a esfera normativa de interesse do direito interno. Em sentido diverso, as relações regidas pelo direito internacional seriam aquelas exclusivamente entre Estados soberanos, iguais entre si. Salienta-se, nesse ponto, que Triepel se refere ao direito internacional público.⁷⁰

Isso porque, o direito internacional privado rege, como visto, principalmente situações nas quais indivíduos submetidos a um Estado constituem relações jurídicas com um outro Estado estrangeiro, como é comum nas questões comerciais e industriais. Nesses casos, o Estado estrangeiro funcionaria como simples particular, submetendo-se às normas estabelecidas pelo Estado ao qual o indivíduo está vinculado. As relações privadas entre indivíduos vinculados a soberanias diferentes também são, na perspectiva de Triepel, de interesse do direito internacional privado, por não serem os indivíduos considerados sujeitos de direito internacional, mas como objeto de direitos e deveres internacionais. Dessa forma, ainda que ostente a nomenclatura de internacional, o direito internacional privado faria parte do direito interno, uma vez que suas leis “regulam relações entre sujeitos que o legislador crê

⁶⁹ TRIEPEL, Karl Heinrich. **As relações entre o direito interno e o direito internacional**. Tradução de Amílcar de Castro. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.6, v.17, p. 7-64, 1966. p. 9.

⁷⁰ Ibidem, p. 10.

poder considerar como lhe sendo submetidos”⁷¹. Em síntese, essa distinção, então, nada mais é do que a diferenciação que fez-se inicialmente entre o direito interno e o direito internacional, com a ressalva de que Triepel identifica o direito internacional privado como um direito interno.⁷²

A distinção quanto às fontes das quais nascem o direito interno e o direito internacional, na perspectiva de Triepel, passa pela ideia de regra jurídica, que vem a ser, justamente,

(...) o conteúdo de uma vontade superior às vontades individuais, manifestada com o fim de limitar as esferas das vontades humanas que lhe são submetidas.⁷³

Assim, a fonte do direito deve ser entendida como a vontade da qual surge um regra jurídica. Aplicando-se esse entendimento ao que Triepel entende como direito interno, a vontade seria, portanto, a do próprio Estado. Por conseguinte, direito interno é aquele criado exclusivamente pela vontade de um Estado soberano, sem a interferência de qualquer outro Estado. É o que se vê, por exemplo, nas constituições e nos códigos de toda a sorte.⁷⁴

O dito direito internacional, a seu turno, seria oriundo da união de vontades de vários Estados. Ora, seria incoerente que a vontade (leia-se lei) de um Estado constituísse meio idôneo para impor obrigações a outros Estados, sobretudo quando se trata de suas relações internas ou com Estados terceiros.⁷⁵

Nesse sentido, o direito internacional só poderia ser criado pela conjugação das vontades particulares de vários Estados, criando obrigações entre os países. Essa união de vontades foi denominada *Vereinbarung*, termo alemão utilizado para distinguir os meros contratos das verdadeiras uniões de vontade, vez que, nos contratos, as vontades contêm conteúdos opostos.⁷⁶

Triepel destaca que, embora seja comum que os Estados declarem expressamente sua vontade por meio dos tratados, a declaração de vontade também pode ser tácita, como ocorre normalmente com as normas de *jus cogens*, que constituem uma espécie de direito

⁷¹ TRIEPEL, Karl Heinrich. **As relações entre o direito interno e o direito internacional**. Tradução de Amílcar de Castro. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.6, v.17, p. 7-64, 1966. p. 11.

⁷² Ibidem, p. 11.

⁷³ Ibidem, p. 12.

⁷⁴ Ibidem, p. 12.

⁷⁵ Ibidem, p. 13.

⁷⁶ Ibidem, p. 14.

consuetudinário internacional. Desse modo, tanto o estabelecido em tratados como o que é entendido como costume, desde que constituam regras de direito objetivo, seria revestido de *Vereibarung* e, portanto, constituiria direito internacional público.⁷⁷

Contudo, a argumentação dualista abre brecha para críticas que afirmam a possibilidade de haver concorrência entre a fonte do direito interno e a fonte do direito internacional. Nesse sentido, Triepel, de antemão, afirma ser impossível que os dois ramos do direito derivem da mesma vontade.⁷⁸

Isso porque a regra estabelecida por um tratado não poderia, isoladamente, criar um direito interno. Para que isso ocorra, é necessário que o tratado seja introduzido no ordenamento nacional por uma norma de conteúdo diverso daquele consubstanciado na norma internacional, não havendo que se falar em apropriação ou recepção, mas de reprodução. Com efeito, o tratado obrigaria apenas os Estados partes, não estando suas populações vinculadas a qualquer obrigação até a edição de uma lei que incorpore o tratado ao ordenamento jurídico nacional.⁷⁹

É erro dizer que a publicação de um tratado internacional pelo govêrno de um Estado, a fim de o fazer observar pelas autoridades e pelos súditos, tem por efeito atribuir ao tratado sua validade interna. Porque o tratado internacional continua sendo tratado internacional, ainda quando seja publicado em jornal oficial, ou de outro modo; e não se pode falar senão de validade internacional dos tratados. Pôsto que o tratado seja publicado pelo Estado, o mesmo não é obrigatório senão para o próprio Estado; e ainda é inexato dizer que a publicação do tratado o torna obrigatório para os súditos do Estado: não é o tratado, é a norma estatal, criada talvez pelo simples meio de publicação do tratado, que é obrigatória para os súditos do Estado.⁸⁰

Dessa forma, torna-se claro que o direito internacional não poderia criar direito interno, sendo igualmente inviável o caminho contrário, não podendo um ato normativo nacional criar obrigações internacionais. Há de se perceber, assim, que uma norma de direito internacional e a norma de direito interno trazem disposições e conteúdos diversos, sendo que esta obrigaria os indivíduos e aquela o Estado. Ora, se a norma internacional e a norma interna possuem conteúdos diferentes, é ilógico afirmar que são a mesma regra jurídica, sendo

⁷⁷ TRIEPEL, Karl Heinrich. **As relações entre o direito interno e o direito internacional**. Tradução de Amílcar de Castro. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.6, v.17, p. 7-64, 1966. p. 15.

⁷⁸ Ibidem, p. 16.

⁷⁹ Ibidem, p. 16.

⁸⁰ Ibidem, p. 17.

evidente que o tratado seria uma solicitação, um compromisso assumido pelo Estado, para a criação de um direito interno.⁸¹

A diversidade das fontes do direito interno e do direito internacional apresenta-se como um ponto controverso na teoria dualista de Triepel, sendo colocada em dúvida por teóricos monistas, o que será tratado adiante. O fundamento da crítica monista seria a existência de uma norma jurídica originária comum aos dois sistemas jurídicos.⁸²

No entanto, Triepel é categórico ao afirmar que, mesmo que seja razoável se defender que uma norma jurídica deva derivar de outra norma jurídica hierarquicamente superior, a validade do sistema deve advir de um fato essencialmente ético ou psicológico. Seria, então, completamente ineficaz conferir a uma norma jurídica hipotética o grau máximo de hierarquia entre as regras do sistema.⁸³

Retoma-se, assim, a ideia de que a fonte do direito deve ser a vontade da comunidade, seja ela formada por Estados ou indivíduos. Dessa forma, havendo uma pluralidade de vontades, existiria, por consequência, uma pluralidade de sistemas jurídicos, não havendo qualquer relação de dependência entre tais sistemas. Nas palavras de Triepel,

(...) se derivamos o direito da vontade de um homem, ou de uma comunidade, é-nos permitido afirmar que há tantos sistemas jurídicos quantas sejam as vontades capazes de criar direito. Êsses sistemas podem ser absolutamente independentes um do outro. O direito sueco não tem qualquer relação jurídica com o direito japonês. É arbitrário dizer eu um não pode contradizer o outro; e é também arbitrário afirmar que êsses dois sistemas jurídicos são fundados no direito internacional. Se isto fosse verdade, o direito internacional deveria ter existido desde o comêço do mundo ou, pelo menos, desde o tempo em que Deus expulsou do paraíso os primeiros seres humanos.⁸⁴

A partir dessa lógica, na qual o direito interno e o direito internacional constituem esferas diversas e independentes, surge a dúvida quanto à hierarquia entre as normas e à possibilidade de uma regra internacional influir no direito interno ou o oposto.⁸⁵

⁸¹ TRIEPEL, Karl Heinrich. **As relações entre o direito interno e o direito internacional**. Tradução de Amílcar de Castro. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.6, v.17, p. 7-64, 1966. p. 18.

⁸² Ibidem, p. 19.

⁸³ Ibidem, p. 20.

⁸⁴ Ibidem, p. 21.

⁸⁵ Ibidem, p. 21.

2.2.2 O primado do direito interno e a necessidade de incorporação das normas de direito internacional

A diversidade das fontes do direito interno e do direito internacional, como visto, enseja a existência de dois sistemas jurídicos independentes entres si. Evidentemente, tal independência acaba por possibilitar conflitos entre as regras dos sistemas, que, por derivarem de vontades distintas, podem – e efetivamente o fazem com relativa frequência – dispor de maneira diversa sobre a mesma matéria. Ante o conflito entre a norma interna e a internacional, qual deveria ser aplicada?

A resposta a essa indagação é dada por Triepel através de uma análise prática da questão, na qual

(...) a regra jurídica que faz prevalecer um sôbre o outro não pode ser duvidosa. Juízes e súditos são obrigados a aplicar, e a observar, mesmo o direito inglês contrário ao direito internacional; não é da alçada dêles, mas do govêrno, preocupar-se com as dificuldades internacionais que disso possam resultar.⁸⁶

Ora, a justificativa para tal afirmação é simples: um tratado, uma norma de direito internacional, jamais poderia alterar ou revogar uma norma de direito interno, devido à diferença de fontes da qual derivam, sob pena de total insegurança jurídica. Não se pode esquecer, ainda, que a possibilidade de declaração de vontade dos Estados está, inquestionavelmente, limitada pelas normas constantes de suas cartas constitucionais.

Comumente, as constituições destinam alguns artigos à criação de mecanismos de incorporação do direito internacional ao direito interno, estabelecendo regras e formalidades para que as normas e tratados internacionais possam produzir efeitos no ordenamento jurídico interno⁸⁷. É o que acontece, por exemplo, no caso do Brasil, onde a Constituição de 1988, em seu artigo 84, inciso VIII, determina que os tratados internacionais celebrados deverão ser referendados pelo Congresso Nacional. Ora, tal referendo ocorre por meio da ratificação do tratado, que se aperfeiçoa com a promulgação de um ato legislativo que incorpore o tratado ao ordenamento jurídico nacional, como o Decreto n. 5.445/2005, que promulgou o Protocolo de Kyoto. Esses dispositivos constitucionais reforçam a ideia anteriormente exposta de que as normas de direito internacional seriam, em essência, requisições para a criação de um direito interno.

⁸⁶ TRIEPEL, Karl Heinrich. **As relações entre o direito interno e o direito internacional**. Tradução de Amílcar de Castro. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.6, v.17, p. 7-64, 1966. p. 26.

⁸⁷ Ibidem, p. 27.

Ademais, mesmo que a constituição de determinado país estabeleça que os acordos internacionais poderão produzir efeitos no ordenamento jurídico nacional independentemente de qualquer formalidade, ainda estaria o direito internacional subordinado a um direito interno. Ora, a norma constitucional que preveja tal possibilidade é uma norma de direito interno, sendo ela a permissão para que os tratados tenham eficácia no âmbito interno.⁸⁸

Há, também, a possibilidade de a constituição ser completamente omissa sobre qualquer mecanismo ou procedimento para que o direito internacional produza efeitos no direito interno. Nesse cenário, seria razoável admitir que um tratado poderia se tornar obrigatório para a população desse Estado desde a sua celebração. Todavia, isso só seria possível até o momento em que a constituição fosse alterada ou fosse editada lei criando procedimento de incorporação do direito internacional ao direito interno. Evidente, então, que a ausência de imposição de mecanismos de incorporação implicaria em uma espécie de permissão tácita do direito interno, mantendo a subordinação do direito internacional às normas nacionais.⁸⁹

Assim, em qualquer cenário, o direito interno teria primazia sobre o direito internacional, que teria sua eficácia sempre limitada às disposições das normas nacionais. Dessa forma, dentro da lógica proposta por Triepel, havendo conflitos entre o que estabelecem as normas internas e as internacionais, dever-se-ia, em todos os casos, prevalecer o disposto pela regra nacional.

2.3 A teoria monista internacionalista

O monismo nacionalista, desenvolvido por Hans Kelsen, advoga pela unidade dos sistemas jurídicos com a primazia do direito internacional. É uma teoria que apresenta conclusões que divergem dos modelos Hart e Triepel. Diferentemente do monismo nacionalista, a teoria de Kelsen entende que o direito internacional seria, de fato, uma ordem jurídica e, a partir daí, chega à conclusão de que, em caso de conflitos entre os sistemas,

⁸⁸ TRIEPEL, Karl Heinrich. **As relações entre o direito interno e o direito internacional**. Tradução de Amílcar de Castro. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.6, v.17, p. 7-64, 1966. p. 29.

⁸⁹ Ibidem, p. 30.

deveria prevalecer a prescrição das normas internacionais, conflitando com o entendimento da teoria dualista.⁹⁰

Com efeito, as considerações de Kelsen sobre as relações entre o direito interno e o direito internacional, assim como grande parte de suas teorias sobre o direito, são feitas sob a ótica clássica de sua pirâmide normativa, onde as normas jurídicas são hierarquicamente ordenadas e todas tem sua validade oriunda em uma norma fundamental.⁹¹

A unidade dos sistemas nacional e internacional derivaria justamente dessa norma fundamental, que seria comum a ambos, fundindo-os em apenas uma esfera jurídica. Contudo, antes de se analisar os argumentos de Kelsen para justificar sua teoria monista, é necessário entender as razões pelas quais o direito internacional seria uma ordem essencialmente jurídica.⁹²

2.3.1 A juridicidade do direito internacional

A partir da conceituação de direito que fora inicialmente destacada, Kelsen entende que o

Direito internacional é Direito se o ato coercitivo de um Estado, a interferência imposta de um Estado na esfera de interesses de outro, for permitido apenas como uma reação contra um delito, se o emprego da força com outro fim proibido, se o ato coercitivo empreendido como uma reação contra um delito puder ser interpretado como uma reação da comunidade jurídica internacional. Se for possível descrever o material que se apresenta como Direito internacional de tal modo que o emprego da força por um Estado contra outro só possa ser interpretado como delito ou sanção, então o Direito internacional é Direito no mesmo sentido que o Direito nacional.⁹³

Há de se destacar que Kelsen está a tratar apenas do direito internacional público, não sendo a vertente privada objeto de sua análise neste momento. Assim, para se verificar a juridicidade do direito internacional surgem dois questionamentos que devem ser observados: (a) “existe alguma conduta dos Estados que o direito internacional comumente entende como antijurídica?” e (b) “existem, no direito internacional, sanções coercitivas contra as condutas antijurídicas dos Estados?”.⁹⁴

⁹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 468.

⁹¹ Ibidem, p. 468.

⁹² Ibidem, p. 468.

⁹³ Ibidem, p. 468.

⁹⁴ Ibidem, p. 470.

Ora, se um Estado invadir o território de outro Estado sem qualquer justificativa ou se violar um tratado, na perspectiva kelseniana, estar-se-á, claramente, diante de uma conduta antijurídica, um delito, o que já responde a primeira questão levantada. No tocante ao segundo questionamento, as represálias e a guerra poderiam ser apontadas como sanções. Evidentemente, tais medidas só seriam consideradas sanções se fossem adotadas em resposta a uma conduta ilícita e, se não o forem, constituiriam delitos.⁹⁵

A represália seria, então, uma interferência limitada na esfera de interesses – protegidos pelo direito internacional – de um Estado. Nas represálias, o uso da força não seria essencial, mas seria autorizado em caso de resistência do Estado reprimido. Não, há, assim, maiores questionamentos quanto ao papel das represálias como sanções do direito internacional.⁹⁶

Por outro lado, a guerra apresenta-se como um ponto mais delicado, exigindo reflexões mais cuidadosas. Sobre esse ponto, Kelsen levanta duas interpretações acerca da guerra: a doutrina do *bellum justum* e seu contraponto.⁹⁷

Assim, para a teoria do *bellum justum*, ou seja, da guerra justa, a guerra seria, em geral, proibida. No entanto, seria permitida, como destacado anteriormente, como resposta a uma conduta antijurídica de determinado Estado.⁹⁸

A interpretação diversa entende que a guerra não poderia ser considerada nem como um delito nem como uma sanção. Isso porque não estando o Estado obrigado por determinado tratado a se abster de guerrear, o recurso à violência, *a priori*, seria permitido pelo direito internacional. Igualmente, a guerra não poderia ser considerada uma sanção por não haver qualquer dispositivo que autorizasse os Estados a guerream. Importante destacar que, para essa interpretação, a mesma lógica se aplicaria às represálias.⁹⁹

Curiosamente, Kelsen não aponta qual das interpretações seria a mais adequada, mas aduz que juridicidade do direito internacional depende de qual posicionamento se adota. Com efeito, a adoção da interpretação contrária à do *bellum justum*, com base descentralização do direito internacional, acabaria por afastar a juridicidade do sistema, uma

⁹⁵ Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 471.

⁹⁶ Idem. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 360.

⁹⁷ Ibidem, p. 361.

⁹⁸ Ibidem, p. 363.

⁹⁹ Ibidem, p. 364.

vez que não haveria a previsão de sanções contra condutas antijurídicas¹⁰⁰. Ter-se-ia, então, inegavelmente, um cenário muito parecido com o proposto por Hart.¹⁰¹

Em outra direção, a filiação à teoria do *bellum justum* nos levaria a ver o direito internacional como um sistema jurídico primitivo, baseado na ideia de vingança de sangue (*vendetta*), onde os indivíduos se apropriam das normas para criar e aplicar uma noção de justiça por meio da autotutela. Isso seria possível no direito internacional pela ausência de um ente que atraísse para si a competência para aplicar as normas estabelecidas pelo sistema. Dessa forma, Kelsen entende que seria possível defender a juridicidade do direito internacional, ainda que admita logicamente plausível que lhe seja negada a titulação de “direito”.¹⁰²

2.3.2 A unidade entre o direito interno e direito internacional

Ao decorrer de seu raciocínio, Kelsen se inclina na direção de entender que o direito internacional seria, efetivamente, um sistema jurídico. A partir daí, retoma-se a ideia de que um sistema jurídico teria sua validade construída a partir de uma norma hipotética fundamental.

Se observado apenas o direito interno, o seu fundamento de validade seria a norma que reconhece os legisladores constitucionais, os “Pais da Constituição”, nas palavras de Kelsen, como os criadores do direito. Todavia, ao se levar em consideração o direito internacional, essa norma que valida o direito interno seria derivada de uma norma positiva internacional: o princípio da eficácia^{103 104}.

Tal princípio seria o instrumento por meio do qual o direito internacional tornaria possível que o direito de um Estado fosse criado pelos legisladores constituintes. Kelsen, então, entende que,

Desse modo, a ordem jurídica internacional, por meio do princípio de eficácia, determina não apenas a esfera de validade, mas também o fundamento de validade das ordens jurídicas nacionais. Como as normas fundamentais das ordens jurídica nacionais são determinadas por uma norma de Direito internacional, elas são normas fundamentais apenas num sentido relativo. A norma fundamental da ordem jurídica

¹⁰⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 366.

¹⁰¹ Idem. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 474.

¹⁰² Ibidem, p. 476.

¹⁰³ Kelsen também se refere ao princípio da eficácia como princípio da efetividade.

¹⁰⁴ KELSEN, Hans. **Op. cit.**, 2005. p. 475.

internacional também é fundamento último de validade das ordens jurídicas nacionais.¹⁰⁵

De acordo com o princípio da eficácia, as constituições do países, de onde nascem todos os sistemas jurídicos nacionais, só poderiam ser reputadas válidas porque o direito internacional assim o permite. Ora, seriam as normas de direito costumeiro internacional que determinam o que é e quais são os elementos de um Estado e, portanto, qual seria o alcance territorial das normas constitucionais, não podendo uma constituição regular as relações sociais onde o direito internacional não o permitir.¹⁰⁶

Assim, não seria possível enxergar uma linha que traçasse uma divisão entre o direito interno e o direito internacional, o que os uniria em uma única esfera jurídica. A única maneira, por conseguinte, de se separar os dois sistemas seria com a verificação de conflitos insolúveis entre as normas de direito interno e de direito internacional, como ocorre nas relações entre o direito e a moral.¹⁰⁷

Ainda que se tenha um cenário no qual um tratado estabeleça que um Estado deverá adotar determinada conduta e sua legislação interna fizer disposição diversa, não há que se falar em um conflito insolúvel entre as normas. Para Kelsen, tal situação não culminaria na invalidade de um ou de outro sistema, sobretudo porque conflitos semelhantes são verificados no âmbito do direito interno. É exatamente o que ocorre quando se tem uma lei inconstitucional, que seria reputada válida sem que a constituição tivesse sua validade prejudicada.¹⁰⁸

Com efeito, ao se falar de conflitos entre normas nacionais e internacionais, far-se-ia referência a um conflito aparente de normas, que seria plenamente solucionável pela aplicação de técnicas jurídicas. Nessa direção, a solução dos conflitos se daria por meio da expressão *lex superior derogat legi inferior*, onde a norma hierarquicamente superior revogaria a norma inferior, impedindo que duas determinações normativas conflitantes sejam, simultaneamente, válidas e eficazes dentro de um mesmo sistema. Dessa forma, o conflito entre o direito interno e o internacional não implicaria na invalidade de qualquer dos sistemas, porque

¹⁰⁵ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 522-523.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 523.

¹⁰⁷ Idem. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 367.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 367.

a “antinormalidade” de uma norma não significa que haja qualquer conflito entre a norma inferior e a norma superior, mas apenas traduz a anulabilidade da norma inferior ou a punibilidade de um órgão responsável.¹⁰⁹

É justamente em decorrência dessa lógica que surge o caráter internacionalista da teoria monista de Kelsen, pois se entende que o direito internacional teria primazia sobre as normas estabelecidas pelo direito interno.

2.3.3 O primado da ordem internacional

Retomando a ideia do princípio da eficácia, que submete a validade das normas estaduais aos costumes internacionais, Kelsen afirma que do direito internacional decorre o fundamento de validade do direito interno. Assim, como visto, o direito internacional teria a função de delimitar a abrangência normativa das regras de direito interno e estabelecer os limites do território sobre o qual determinado Estado poderia exercer seu poder coercitivo, assumindo um patamar hierárquico superior.¹¹⁰

Consequentemente, as normas de direito interno

podem ser concebidas como delegadas pelo Direito internacional, como subordinadas a este, portanto, e como ordens jurídicas parciais incluídas nele como numa ordem universal, sendo a coexistência no espaço e a sucessão no tempo de tais ordens parcelares tornadas juridicamente possíveis através do Direito internacional e só através dele. Isso significa o primado da ordem jurídica internacional.¹¹¹

Dessa forma, o direito internacional teria validade perante os Estados independentemente de seu consentimento, sobretudo quando considerando que a própria existência do Estado como ente soberano somente é concebível por força do princípio da eficácia¹¹². Todavia, surge aí uma questão interessante: como lidar com o fato de as constituições dos Estados, habitualmente, determinarem que o direito internacional deva ser incorporado ao direito interno para que integre o ordenamento jurídico vigente em seu território?

¹⁰⁹ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 367.

¹¹⁰ Ibidem, p. 376.

¹¹¹ Ibidem, p. 374.

¹¹² Idem. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 525.

Ora, na perspectiva kelseniana, tal situação não significaria uma exigência para que o direito internacional fosse posto em vigor em relação ao Estado, mas apenas uma formalidade para que os tribunais internos sejam autorizados a aplicar o direito internacional, que estaria revestido sob a forma de direito interno por meio de leis ou decretos. Nesse sentido, se essa autorização ainda não tiver ocorrido, seria equivocado afirmar que o direito internacional não seria válido em relação ao Estado. A conclusão correta, então, é que a conduta do Estado, ao não incorporar a regra em seu ordenamento jurídico, estaria violando o direito internacional e, portanto, estaria o país sujeito às sanções internacionalmente previstas. A partir daí, Kelsen afirma que as normas internacionais seriam dotadas de validade especial e validade material.

De fato, a validade especial seria um reflexo do princípio da eficácia e possibilitaria a coexistência de vários Estados – e, conseqüentemente, de vários ordenamentos jurídicos nacionais –, bem como o surgimento ou o fim de países.¹¹³

A validade material do direito internacional, por outro lado, estabeleceria que o direito interno poderia versar sobre qualquer matéria, desde que não exista previsão prévia das normas internacionais. O direito internacional, então, seria uma ordem jurídica supraestadual¹¹⁴. Então, na verdade, o direito interno não teria poder de legislar sobre qualquer matéria, mas somente sobre aquelas que ainda não foram objeto de normas internacionais. Isso possibilita a Kelsen afirmar que os ordenamentos nacionais teriam, então, uma pretensão de totalidade normativa, chamada de *Totalitätsanpruch*, limitada pelo direito internacional.

Desta feita, tendo em mente essa limitação, Kelsen conclui que

Somente a ordem jurídica internacional, e não qualquer ordem jurídica estadual é soberana. Se as ordens jurídicas estaduais ou as comunidades jurídicas por ela constituídas, os Estados, são designadas como “soberanas”, isso significa simplesmente que elas apenas se encontram subordinadas à ordem jurídica internacional, que elas são jurídico-internacionalmente imediatas.¹¹⁵

De antemão, Kelsen afasta a crítica que poderia ser feita à sua conclusão com base na necessidade de anterioridade dos Estados para o desenvolvimento de um direito internacional, criado a partir dos costumes internacionais. Assim, para o teórico, não se deve

¹¹³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 375.

¹¹⁴ Embora a tradução da obra de Kelsen use o termo “supraestadual”, entend-se que seria melhor adotar a terminologia “supranacional” ou “supraestatal”, a fim de se evitar confusões entre as noções de Estado soberano e estado como ente federativo.

¹¹⁵ KELSEN, Hans. **Op. cit.** 2009. p. 377.

confundir a relação histórica com a relação lógica. Para justificar sua ótica, Kelsen traz o exemplo de um Estado federado oriundo de uma confederação, onde os anteriormente entes confederados se submetem a uma Constituição.¹¹⁶

Nesse interim, o direito interno seria um ordenamento jurídico hierarquicamente inferior ao direito internacional, seja por ser dele derivado, seja pelas limitações espaciais ou materiais às quais está subordinado. Assim, dentro da lógica apresentada por Kelsen, a conclusão óbvia é que, verificada uma antinomia jurídica entre os sistemas, a norma que deve prevalecer seria, evidentemente, a de direito internacional, sem que, para tanto, deva ser prejudicada a validade de qualquer dos ordenamentos, que podem, perfeitamente, coexistir unidos dentro de uma única esfera jurídica.¹¹⁷

2.3.4 A possibilidade do primado do direito interno

Não se pode esquecer, todavia, que, embora Kelsen pregue e – entenda como mais adequada – a primazia do direito internacional, o teórico aceita como logicamente válido o entendimento que aponte o primado do direito interno. Seria aceitável, então, que o fundamento de validade do direito internacional fosse encontrado no direito nacional.

Ao se desenvolver um raciocínio a partir da validade do direito interno, não do direito internacional, há de se concluir que as normas internacionais somente entrariam em vigor para os Estados após seu reconhecimento, que pode ocorrer de forma tácita ou expressa. Isso porque, de acordo com o entendimento de Kelsen sobre direito internacional, este só se aplica quando um Estado se relaciona com outro ente por ele reconhecido¹¹⁸. Assim, se se questiona qual seria o fundamento de validade do direito internacional,

Não se pode chegar a qualquer outra resposta que não seja a de que o Direito internacional tem de ser reconhecido por este Estado para valer em relação a ele. Na impositação da questão vai já implícita a suposição de que o fundamento de validade do Direito internacional tem de ser encontrado na ordem jurídica estadual, isto é, a admissão do primado da ordem jurídica do próprio Estado, ou seja, da sua soberania, ou, o que significa o mesmo, a aceitação da soberania do Estado relativamente ao qual está em questão a validade do Direito internacional.¹¹⁹

¹¹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 526.

¹¹⁷ Ibidem, p. 528.

¹¹⁸ Kelsen se refere, neste ponto, somente a outros Estados. Contudo, dentro da concepção de direito internacional proposta, pode-se incluir as organizações internacionais sem que ocorra qualquer prejuízo ao entendimento geral da teoria.

¹¹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 372.

Note-se que desponha desse entendimento a ideia de soberania, que, no pensamento kelseniano, não é cognoscível ou verificável, sendo tão somente pressuposta. A soberania dos Estados derivaria da assunção dos ordenamentos nacionais como supremos. Dessa forma, seriam invertidos os papéis apresentados anteriormente, colocando-se agora o direito internacional como uma ordem delegada do direito interno.

Com efeito, o direito internacional não figuraria como um ordenamento independente ou supraestadual, como anteriormente, mas como parte do direito interno. Dessa forma, obtém-se a conclusão de que o direito internacional integraria as normas que constituem o direito interno. Assim, mesmo que haja a primazia do ordenamento nacional, a unidade dos sistemas não seria prejudicada, uma vez que não poderia haver conflitos insolúveis entre os ordenamentos, sobretudo por derivarem da mesma fonte, qual seja, a vontade dos Estados.¹²⁰

2.4 As teorias modernas acerca das relações entre o direito interno e o direito internacional

O desenvolvimento das relações internacionais e o aumento da complexidade do sistema internacional acabaram por fomentar o surgimento de novas teorias acerca das relações entre os dois sistemas jurídicos abordados. Tais teorias buscam obter uma percepção mais completa acerca do tema, considerando fatores que, à época do desenvolvimento dos modelos anteriores, eram inexistentes, e, agora, exercem papel fundamental, sobretudo na observação do direito internacional.¹²¹

Pode-se dizer que, de certo modo, qualquer novo modelo teórico que venha a ser criado será, inexoravelmente, ou uma espécie de derivação de uma das teorias clássicas, ou uma síntese obtida a partir do cotejo teórico. Isso, todavia, não diminui o valor e a contribuição de novas perspectivas sobre as relações entre direito interno e direito internacional.¹²²

Nas academias modernas internacionalistas, tem ganhado especial destaque o entendimento de Samantha Besson e John Tasioulas, cujas propostas teóricas muito se assemelham à visão de Kelsen, porém revestidas sob uma análise contemporânea. Embora

¹²⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 374.

¹²¹ BESSON, Samantha; TASIOLAS, John. *The Philosophy of International Law*. 1ª. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010. p. 8.

¹²² Ibidem, p. 8.

exista uma série de novas teorias despontando, a maioria delas trilha passos semelhantes aos de Besson e Tasioulas. Por essa razão, entende-se adequado elegê-los como os teóricos representantes dos modelos modernos.¹²³

Assim, de acordo com essa teoria, a filosofia do direito internacional deve buscar responder a um grande questionamento: se o direito internacional é realmente um direito¹²⁴. Dessa forma, ainda que esse modelo reconheça que o direito internacional apresenta problemas que justifiquem as críticas à sua juridicidade, o desenvolvimento das relações por ele regidas torna inadequado o uso do direito interno como paradigma para a definição de direito, como o faz Hart.

Então para justificar a juridicidade do direito internacional, Besson e Tasioulas entendem que a existência de um legislador formal não é essencial para a formação de um sistema jurídico, especialmente quando considerado que o direito consuetudinário não é criado a partir de uma norma formalmente instituída e nem por isso suas normas deixam de ser normas jurídicas. Ainda, o processo legislativo no direito internacional ocorreria de forma horizontal, com a assinatura de tratados e acordos bi ou multilaterais, diferentemente da forma vertical de legislação que se observa no direito interno. Há de se destacar que o caráter horizontal da normatividade do direito internacional não abalaria a existência de uma hierarquia entre as normas, vez que as regras de *jus cogens* continuariam sendo superiores às demais regras do sistema internacional.¹²⁵

Defende-se, ainda, entendimento contrário ao de Hart, sob o argumento de que, na atualidade, o direito internacional desenvolveu normas secundárias que determinariam a validade das normas primárias do sistema. Assim, um exemplo de norma secundária seria o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça¹²⁶, que funcionaria como norma secundária de reconhecimento.

¹²³ BESSON, Samantha; TASIOULAS, John. *The Philosophy of International Law*. 1ª. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010. p. 9.

¹²⁴ Ibidem, p. 9.

¹²⁵ Ibidem, p. 9.

¹²⁶ Artigo 38. 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas;
- d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bano*, se as partes com isto concordarem.

Ainda dentro da lógica dessa corrente, prevalece o entendimento de que as normas de direito internacional teriam a capacidade de vincular os Estados independentemente de sua concordância. As normas internacionais teriam, então uma normatividade relativa, na qual:

some international legal norms bind subjects who have not agreed to them (e.g. third-party effect of treaties) or who have expressly objected to them (e.g. limitations on persistent objections to customary law); they bind them even if they have made reservations when agreeing to them (e.g. objective norms such as human rights); and, finally, they sometimes bind them in an imperative fashion (e.g. jus cogens norms)^{127 128}.

Percebe-se, assim, que há uma grande aproximação com o modelo monista internacionalista de Kelsen. Ora, admite-se a possibilidade de uma norma internacional se tornar vinculante para determinado Estado sem que ele tenha consentido com suas determinações, o que eleva o direito internacional a um patamar hierarquicamente superior ao direito interno.

Ademais, não seria necessário, para a caracterização da juridicidade do direito internacional, que seus conflitos fossem solucionados, obrigatoriamente, por um ente aplicador das normas. Como justificativa dessa afirmação, coloca-se em voga o direito consuetudinário, cujas normas, comumente, são desenvolvidas pelos usos e costumes dos indivíduos a ele subordinados, não carecendo de um tribunal ou ente aplicador das normas. Dessa forma, seria possível afastar a crítica que questiona a juridicidade do direito internacional em virtude da ausência de uma entidade aplicadora de sanções e que solucione as lides.¹²⁹

Também seria rebatida a crítica contrária à juridicidade da ordem internacional com base na inexistência de mecanismos que forcem a obediência às regras do sistema, o que esvaziaria sua efetividade. Isso porque a falta de efetividade das normas também seria um problema enfrentado pelo direito interno, onde, muitas vezes, leis não seguidas, o que não retira do ordenamento sua condição jurídica. Em adição, argumenta-se que as normas internacionais são, em regra, observadas pelos Estados, sobretudo por força de motivações diplomáticas, morais ou estratégicas. E, mesmo quando Estados tomam atitudes

¹²⁷ Algumas normas legais internacionais vinculam sujeitos que não concordaram com elas (e.g. efeitos dos tratados para terceiros) ou que tenham expressamente se oposto a ela (e.g. limitações às restrições ao direito costumeiro); elas vinculam os sujeitos mesmo que tenham feito reservas quando de sua concordância (e.g. normas objetivas como as de direito humanos); e, finalmente, elas, por vezes, os vinculam de forma imperativa (e.g. normas de *jus cogens*). (Tradução livre)

¹²⁸ BESSON, Samantha; TASIOLAS, John. *The Philosophy of International Law*. 1ª. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010. p. 10.

¹²⁹ Ibidem, p. 11.

aparentemente contrárias às normas internacionais, suas condutas são precedidas pela busca de uma justificativa aceita pelo direito internacional, como a declaração de guerra em legítima defesa.¹³⁰

Nessa toada, o entendimento moderno majoritário é que, rebatidas as críticas céticas sobre a não juridicidade das normas internacionais, seria possível conferir ao direito internacional o status de direito. E, ao se analisar as argumentações propostas, é fácil de se visualizar que há a clara preferência pela primazia do direito internacional em detrimento do direito interno, o que, como já dito, demonstra um significativo alinhamento com as conclusões propostas por Kelsen.¹³¹

Uma outra tendência das doutrinas internacionalistas mais modernas é, diferentemente dos modelos clássicos, entender que não mais apenas os Estados seriam sujeitos de direito internacional, devendo os indivíduos e as organizações internacionais também serem assim reconhecidos. Nessa perspectiva, sujeito de direito internacional seria “todo ente que possuir direitos e deveres perante a ordem jurídica internacional”¹³².

Esse entendimento encontra respaldo em tratados de direitos humanos, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, que autoriza os indivíduos a acionarem os Estados nas cortes internacionais. De igual sorte, há a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais – que ainda não está em vigor por carecer do número mínimo de ratificações previsto para tanto –, que reconhece a possibilidade de as organizações internacionais celebrarem tratados.

Por suposto, a tendência atual da doutrina internacionalista é negar o paradigma clássico de que apenas os Estados seriam sujeitos de direito internacional, conferindo a mesma qualidade às organizações internacionais e ao indivíduos. Na mesma direção, o direito internacional é visto não só como uma ordem jurídica, capaz de vincular os Estados, mas também como superior ao direito interno.

Decorre daí, portanto, um caráter internacionalista das correntes teóricas mais modernas, principalmente quando considerada influência que as mais atuais doutrinas advindas dos campos das Relações Internacionais exercem sobre a academia do direito

¹³⁰ BESSON, Samantha; TASIOLAS, John. *The Philosophy of International Law*. 1ª. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010. p. 12.

¹³¹ Ibidem, p. 12.

¹³² MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. I, 2000. p. 769.

internacional. Em síntese, as teorias modernas acerca das relações entre o direito interno e o direito internacional figuram como uma releitura do modelo teórico proposto por Kelsen, em virtude da incontestável afinidade entre suas conclusões.

3 DA APLICAÇÃO DAS TEORIAS

Estando devidamente elucidados os conceitos fundamentais das principais teorias acerca das relações entre o direito interno e o direito internacional, é de vital importância que se faça uma análise do cenário fático, no intuito de se observar se os preceitos dos constructos teóricos encontram espeque no contexto da realidade política internacional. Isso porque, desta forma, a discussão posta em foco no presente estudo conseguirá extrapolar os limites da filosofia do direito e tocará questões relevantes no âmbito de áreas como a política internacional.

Em que pese os questionamentos e teses levantadas no campo da filosofia do direito sejam essenciais para se alcançar uma compreensão geral do tema proposto, reduzir a discussão tão somente às discussões filosóficas acabaria por empobrecer demasiadamente quaisquer conclusões que pudessem ser alcançadas. Por suposto, ao transpor a análise das relações entre o direito interno e o direito internacionais para além das barreiras filosóficas, será possível que o tema seja compreendido em sua plenitude.

Assim, as interações entre os ordenamentos jurídicos estabelecidos no âmbito do direito interno e do direito externo hão de ser analisadas à luz do entendimento jurisprudencial das cortes internacionais e nacionais, bem como sob a égide da política internacional. Evidentemente, é de se esperar que cada análise proporcione uma ótica diversa acerca da adequação e aplicabilidade das teorias já explanadas, o que fornecerá subsídios para que se verifique se os modelos teóricos logram êxito em explicar as complexas relações encontradas no mundo fático.

3.1 A jurisprudência das cortes internacionais

As cortes internacionais, instituídas por meio de tratados, apresentam um entendimento jurisprudencial singular acerca das relações e da hierarquia entre o direito interno e direito internacional, sobretudo no que concerne à proteção dos direitos humanos. No intuito de se analisar a perspectiva dos tribunais internacionais, toma-se como exemplo a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), cuja jurisprudência é bastante didática e elucidativa.

No âmbito do continente americano, a proteção dos direitos humanos é levada a cabo pela Convenção Americana de Direitos Humanos – ou, como também é conhecida, o Pacto de São José da Costa Rica –, tratado assinado pelos países membros da Organização

dos Estados Americanos (OEA). Seu objetivo principal é, por suposto, criar mecanismos para garantir que os Estados americanos não incorram em violações aos direitos humanos de seus cidadãos.

Nesse contexto, nos termos do artigo 62 da Convenção, compete à CIDH interpretar e aplicar as disposições do tratado, determinando se houve, nos casos que lhe forem submetidos, violação aos direitos humanos e, quando for cabível, determinar a adoção de medidas garantidoras do livre gozo de tais direitos, bem como a reparação de danos.¹³³

Assim, no intuito de fazer cumprir sua função de velar pelos direitos humanos, a CIDH entende que, em caso de antinomias jurídicas entre o ordenamento nacional e a Convenção, deve prevalecer a norma de direito internacional, não cabendo aos Estados invocar as disposições do direito interno para justificar eventual violação ao tratado. É o que se verifica pelo que restou assentado na sentença que julgou o caso *Almonacid Arellano vs. Chile*:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que "según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno". Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969^{134 135}.

¹³³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)**. San José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 23 de julho de 2015.

¹³⁴ A corte é consciente que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quanto um Estado tenha ratificado um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o os obriga a assegurar que os efeitos das disposições da Convenção não sejam prejudicadas pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e finalidade, e que, desde o princípio, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em consideração não apenas o tratado, mas também a interpretação que dele tiver a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.

Note-se que a Corte Interamericana cria o conceito do “controle de convencionalidade”, por meio do qual o Poder Judiciário dos Estados americanos haveria de, ao aplicar o direito interno, fazer um juízo acerca de sua adequação aos princípios da Convenção. Trata-se de um instituto que se assemelha ao do controle de constitucionalidade, o que, dentro da lógica do entendimento da CIDH, elevaria o direito internacional a um patamar hierárquico superior ao do direito interno.¹³⁶

A preferência da Corte Interamericana de Direitos Humanos pela primazia do direito internacional sobre o direito interno é ratificada pelo voto do Juiz Cançado Trindade no julgamento do caso *Olmedo Bustos vs. Chile*, onde, de forma bastante assertiva, fora registrado que:

La Convención Americana, juntamente con otros tratados de derechos humanos, "fueron concebidos y adoptados con base en la premisa de que los ordenamientos jurídicos internos deben armonizarse con las disposiciones convencionales, y no viceversa" (párr. 13). En definitiva, advertí, "no se puede legítimamente esperar que dichas disposiciones convencionales se 'adapten' o se subordinen a las soluciones de derecho constitucional o de derecho público interno, que varían de país a país (...). La Convención Americana, además de otros tratados de derechos humanos, buscan, a contrario sensu, tener en el derecho interno de los Estados Partes el efecto de perfeccionarlo, para maximizar la protección de los derechos consagrados, acarreando, en este propósito, siempre que necesario, la revisión o revogación de leyes nacionales (...) que no se conformen con sus estándares de protección" (párr. 14)^{137, 138}.

De acordo com tal entendimento, o direito interno não só deveria se modificar de forma a se adaptar às disposições internacionais, como também poderia ser revogado pelos

Nesta mesma linha de ideias, esta Corte estabeleceu que “segundo o direito internacional, as obrigações que este impõe devem ser cumpridas de boa-fé e não se pode invocar para seu descumprimento o direito interno”. Esta regra foi codificada no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados de 1969. (Tradução livre)

¹³⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Sentencia Almonacid Arellano y otros versus Chile*. San José, 26 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos_sentencias/CasoAlmonacidArellano_ExcepcionesPreliminaresFondoReparacionesCostas.htm>. Acesso em: 22 de novembro de 2014.

¹³⁶ Ibidem.

¹³⁷ A Convenção Americana, juntamente com outros tratados de direitos humanos, “foram concebidos e adotados com base na premissa de que os ordenamentos jurídicos internos devem se harmonizar com as disposições convencionais, e não vice-versa” (parágrafo 13). Em definitivo, adverti, “não se pode legitimamente esperar que tais disposições convencionais se ‘adaptem’ ou se subordinem às soluções de direito constitucional ou de direito público interno, que variam de país e país (...). A Convenção Americana e outros tratados de direitos humanos buscam, a contrário senso, ter, no direito interno dos Estados Partes, o efeito de aperfeccioná-lo, para maximizar a proteção dos direitos consagrados, culminando, neste propósito, sempre que necessário, na revisão ou revogação de leis nacionais (...) que não se conformem com suas normas de proteção” (parágrafo 14). (Tradução livre)

¹³⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Sentencia "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y Otros versus Chile)*. San José, 5 de fevereiro de 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>. Acesso em: 22 de novembro de 2014.

tratados. Há, então, uma clara tendência a se entender que, em caso de conflitos entre os ordenamentos, deve prevalecer a norma internacional, que seria hierarquicamente superior.¹³⁹

Pela análise do entendimento jurisprudencial da CIDH, é perceptível que existem similitudes entre o posicionamento da corte e o entendimento de Kelsen, especialmente pela perspectiva do voto do Juiz Cançado Trindade. Ora, pelo parecer do juiz da Corte, é possível inferir que teria o direito interno a liberdade para fazer disposições sobre qualquer matéria, desde que o direito internacional não tenha determinações mais abrangentes ou diversas, o que é exatamente a ideia do *Totalitätsanpruch* – a pretensão de totalidade normativa do direito interno – defendida por Kelsen.¹⁴⁰

Por suposto, o posicionamento da Corte Interamericana, via de regra, representa de forma bastante fiel o entendimento das demais cortes internacionais. Ademais, essa perspectiva pela primazia da norma internacional é, de certa maneira, justificada pela própria posição e função de tais cortes, uma vez que, ao reconhecer o primado do direito interno, estariam os tribunais internacionais negando sua própria autoridade e competência para julgar as lides que lhes forem submetidas. Isso porque as cortes internacionais são instituídas e tem suas competências e autoridade delimitadas por tratados – comumente exigindo, para julgamento em âmbito internacional, que tenham se esgotado os recursos no âmbito do ordenamento interno –, sendo cediço que não haveria qualquer coerência caso sua jurisprudência fosse orientada pelo primado do direito interno.

3.2 A jurisprudência das cortes nacionais

Em sentido diverso, quando as relações entre o direito interno e o direito internacional são analisadas pelas cortes nacionais, a tendência é que a jurisprudência se oriente no sentido de dar primazia aos ordenamentos nacionais em detrimento do ordenamento internacional. Em adição, os tribunais nacionais, em geral, entendem que o direito internacional e o direito interno constituem ordenamentos jurídicos diversos, sendo necessário que exista algum mecanismo capaz de incorporar as normas internacionais ao sistema jurídico nacional para que estas tenham eficácia.

¹³⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sentencia Almonacid Arellano y otros versus Chile*. San José, 26 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos_sentencias/CasoAlmonacidArellano_ExcepcionesPreli minaresFondoReparacionesCostas.htm>. Acesso em: 22 de novembro de 2014.

¹⁴⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8ª. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 377.

Ora, tal entendimento corresponde aos preceitos da teoria dualista de Triepel, que, ratifica-se, advoga pela divisão entre os ordenamentos nacionais e internacionais, bem como pela supremacia do direito interno¹⁴¹. Todavia, a tendência das cortes nacionais a se filiar à teoria dualista é bastante compreensível e, até certo ponto, previsível e esperada.

Isso porque, comumente, as cartas constitucionais dos países fazem disposições acerca dos requisitos de validade e eficácia das normas internacionais em relação ao direito interno. Como decorrência lógica, a maioria – senão a totalidade – dos casos envolvendo a aplicabilidade do direito internacional ao direito pátrio acaba sendo julgada pelas cortes supremas. Ocorre que tais cortes, como guardiãs das constituições, interpretam os casos que lhes são submetidos a julgamento sob a égide das disposições das cartas políticas de seus respectivos países.

Como visto, a constituição é, inquestionavelmente, parte integrante – e fundamental – do ordenamento jurídico nacional. Portanto, se o caso é julgado a partir da análise de uma norma de direito interno, é certo que se está partindo do pressuposto, ainda que indiretamente, de que o direito nacional tem prevalência sobre o internacional.

Nesse sentido, um caso emblemático a ser analisado é posicionamento da Corte Constitucional da Itália acerca da aplicabilidade, no direito interno, de uma sentença proferida pela Corte Internacional de Justiça (CIJ). Em breve síntese, a celeuma teve início quando a Corte Suprema de Cassação da Itália decidiu que poderia o Judiciário italiano processar e julgar ação indenizatória movida por um cidadão chamado Luigi Ferrini contra a Alemanha, onde se buscava a reparação por danos sofridos durante a Segunda Guerra Mundial.

Por sua vez, a Alemanha submeteu o caso à apreciação da CIJ, argumentando que a decisão da Corte Suprema de Cassação italiana violaria o princípio da imunidade jurisdicional dos Estados. Com efeito, em sentença, a CIJ acolheu as argumentações alemãs, determinando que a Itália cessasse a eficácia das decisões de seu Judiciário que violassem imunidade jurisdicional da Alemanha.

Todavia, a Corte Constitucional italiana, primando pela supremacia do direito nacional em detrimento do direito internacional, negou eficácia ao julgamento realizado pela CIJ, por entender que:

¹⁴¹ TRIEPEL, Karl Heinrich. **As relações entre o direito interno e o direito internacional**. Tradução de Amílcar de Castro. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.6, v.17, p. 7-64, 1966. p. 15.

As was upheld several times by this Court, there is no doubt that the fundamental principles of the constitutional order and inalienable human rights constitute a “limit to the introduction (...) of generally recognized norms of international law, to which the Italian legal order conforms under Article 10, para. 1 of the Constitution” (Judgment No. 48/1979 and No. 73/2011) and serve as “counter-limits” [controlimiti] to the entry of European Union law (ex plurimis: Judgments No. 183/1973, No. 170/1984, No. 232/1989, No. 168/1991, No. 284/2007), as well as limits to the entry of the Law of Execution of the Lateran Pacts and the Concordat (Judgments No. 18/1982, No. 32, No. 31 and No. 30/1971). In other words, they stand for the qualifying fundamental elements of the constitutional order. As such, they fall outside the scope of constitutional review (Articles 138 and 139 Constitution, as was held in Judgment No. 1146/1988)^{142 143}.

Nota-se, assim, que o Judiciário italiano entende que as normas de direito internacional não tem aplicabilidade imediata ao direito interno. Para tanto, conforme se observa pelo entendimento levado a cabo no julgamento citado, é necessário que tais normas se coadunem com os princípios fundamentais constitucionais e com as regras de direitos humanos, ainda que a própria Constituição reconheça que o direito interno deva se ajustar aos preceitos comumente aceitos do direito internacional. Com efeito, a Corte Constitucional Italiana entendeu que o princípio da imunidade jurisdicional do Estado, mesmo que reconhecidamente aceito no direito internacional, não seria aplicável ao direito interno, por não ser compatível com a ordem constitucional e com os direitos humanos.

De igual sorte, o Tribunal Constitucional da Espanha, ao analisar caso que versava sobre a compatibilidade entre dispositivos do Tratado de Roma de 2004 e a Constituição espanhola, também adotou entendimento que se assemelha à teoria de Triepel. Em síntese, a controvérsia tangenciava ao estabelecido em uma das disposições do tratado, segundo o qual as normas internacionais haveriam de prevalecer sobre as nacionais.

Assim, instada a se manifestar, a corte constitucional espanhola, na Declaração do Pleno do Tribunal Constitucional n. 1/2004, em 13 de dezembro de 2004, decidiu:

La primera cuestión se refiere al artículo I-6 del Tratado, cuyo tenor literal es el siguiente:

¹⁴² Como confirmado diversas vezes por esta Corte, não há dúvida de que os princípios fundamentais da ordem constitucional e os direitos humanos inalienáveis constituem um “limite à introdução (...) de normas do direito internacional comumente reconhecidas, às quais o ordenamento jurídico italiano se conforma segundo o Artigo 10, parágrafo primeiro, da Constituição” (Sentenças n. 48/1979 e n. 73/2011) e operam como “contralimites” [“controlimiti”] ao ingresso do direito da União Europeia (ex plurimis: Sentenças n. 183/1973, n. 170/1984, n. 232/1989, n. 168/1991, n. 284/2007, assim como limites ao ingresso das regras de execução dos Pactos de Latrão e de Concordata (Sentenças n. 18/1982, n. 32, n. 31 e n. 30/1971). Em outros termos, eles representam os elementos fundamentais da ordem constitucional. Assim, eles figuram fora do escopo da revisão constitucional. (Tradução livre)

¹⁴³ ITÁLIA. Corte Costituzionale. **Sentenza n. 238**. Roma, 22 de outubro de 2014. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S238_2013_en.pdf>. Acesso em: 22 de novembro de 2014.

"La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros".

(...)

Así pues la primacía que se proclama en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa opera respecto de un Ordenamiento que se construye sobre los valores comunes de las Constituciones de los Estados integrados en la Unión y de sus tradiciones constitucionales.

Sobre la base de esas garantías debe destacarse además que la primacía que para el Tratado y su Derecho derivado se establece en el cuestionado art. I-6 se contrae expresamente al ejercicio de las competencias atribuidas a la Unión Europea. No es, por tanto, una primacía de alcance general, sino referida exclusivamente a las competencias propias de la Unión. Tales competencias están delimitadas con arreglo al principio de atribución (art. I-11.1 del Tratado), en cuya virtud "la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en la Constitución [europea] para lograr los objetivos que ésta determina" (art. I-11.2). La primacía opera, por tanto, respecto de competencias cedidas a la Unión por voluntad soberana del Estado y también soberanamente recuperables a través del procedimiento de "retirada voluntaria" previsto en el artículo I-60 del Tratado^{144 145}.

O Tribunal Constitucional da Espanha, ao entender que o ordenamento jurídico da União Europeia seria construído a partir dos “valores comuns” de seus Estados membros, retoma, ainda que de forma indireta, a ideia do *Vereinbarung*. No entendimento do tribunal espanhol, o ordenamento europeu somente se sustentaria e se justificaria se seus valores refletissem a união dos valores constitucionais particulares de cada Estado membro.¹⁴⁶

Ocorre que os valores consignados na Constituição representam, logicamente, a essência da vontade do Estado. Ora, se há a união de valores constitucionais, há, por

¹⁴⁴ A primeira questão se refere ao artigo I-6 do Tratado, cujo teor literal é o seguinte:

“A Constituição e o Direito adotado pelas instituições da União no exercício das competências se atribuem a esta primarão sobre o Direito dos Estados membros”.

(...)

De modo que a primazia que se proclama no Tratado por meio do qual se estabelece uma Constituição para a Europa opera em relação a um ordenamento que se constrói sobre os valores comuns das Constituições dos Estados integrados na União e de suas tradições constitucionais.

Sobre a base dessas garantias deve se destacar, ademais, que a primazia estabelecida para o Tratado e seu Direito derivado pelo questionado art. I-6 se reduz expressamente ao exercício das competências atribuídas à União Europeia. Não é, portanto, uma primazia de alcance geral, senão referida exclusivamente às competências próprias da União. Tais competências estão delimitadas de acordo com o princípio da atribuição (art. I-11.1 do Tratado), em cuja disposição “a União atua dentro dos limites das competências que lhe atribuem os Estados membros na Constituição [europeia] para alcançar os objetivos que esta determina” (art. I-11.2). A primazia opera, portanto, em face de competências cedidas à União por vontade soberana do Estado e também soberanamente recuperáveis através do procedimento de “retirada voluntária” previsto no artigo I-60 do Tratado. (Tradução livre)

¹⁴⁵ ESPANHA. *Tribunal Constitucional de España. Declaración n. 1/2004*. Madri, 13 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=15919>>. Acesso em: 22 de novembro de 2014.

¹⁴⁶ TRIEPEL, Karl Heinrich. *As relações entre o direito interno e o direito internacional*. Tradução de Amílcar de Castro. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.6, v.17, p. 7-64, 1966. p. 14.

consequência, a conjunção de vontades, o que nos leva ao reconhecimento do *Vereinbarung* defendido por Triepel.¹⁴⁷

A tendência das cortes nacionais a entender pelo primado do direito interno é seguida também pelo Conselho Constitucional da França. A corte francesa, a exemplo da italiana e espanhola, tem em, sua jurisprudência, posicionamentos bastante próximos aos preceitos da teoria dualista.

Todavia, a corte francesa se vale de outro argumento triepeliano para fundamentar sua preferência pelo primado do direito interno, qual seja, a impossibilidade de o direito internacional promover, sem a devida incorporação, modificações no ordenamento jurídico nacional. Tal posicionamento é verificado na Decisão n. 2006-540 DC, de 27 de julho de 2006, quando, ao analisar a aplicabilidade de uma Diretiva da União Europeia ao direito nacional, aduziu que:

(...) the transposition of a Directive cannot run counter to an rule or principle inherent to the constitutional identity of France, except when the constituting power consents thereto^{148 149}.

Igualmente, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha pode ser apontado como exemplo a confirmar a tendência apresentada pelas cortes nacionais. No julgamento n. 2 BvE 2/08, em 30 junho de 2009, o tribunal alemão entendeu que não poderia o direito internacional atentar contra a soberania do país.

Assim, em entendimento similar ao da corte francesa e com argumentos semelhantes aos apresentados pelo dualismo de Triepel, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha julgou:

The Basic Law strives to integrate Germany into the legal community of peaceful and free states, but does not waive the sovereignty contained in the last instance in the German constitution as a right of the people to take constitutive decisions concerning fundamental questions as its own identity. There is therefore no contradiction to the aim of openness to international law if the legislature, exceptionally, does not comply with international treaty law - accepting, however, corresponding consequences in international relations - provided this is the only

¹⁴⁷ TRIEPEL, Karl Heinrich. **As relações entre o direito interno e o direito internacional**. Tradução de Amílcar de Castro. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.6, v.17, p. 7-64, 1966. p. 14.

¹⁴⁸ (...) a transposição de uma Diretiva não pode contrariar uma norma ou princípio inerente à identidade constitucional da França, salvo quando assim o consentir o poder constituinte. (Tradução livre)

¹⁴⁹ FRANÇA. *Conseil Constitutionnel. Decision n. 2006-540 DC*. Paris, 27 de julho de 2006. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2006540DCen2006_540dc.pdf>. Acesso em: 22 de novembro de 2014.

way in which a violation of fundamental principles of the constitution can be averted (see BVerfGE 111, 307 <317-318>)^{150 151}.

Pelos exemplos trazidos à baila, é visível que as cortes nacionais – pelo menos como regra geral – orientam sua jurisprudência no sentido de que o ordenamento jurídico nacional não é subordinado ao ordenamento internacional. Nessa direção, os argumentos usados pelos tribunais constitucionais comumente coincidem com os expostos por Triepel na defesa da teoria dualista.

Por outro lado, é certo que não há, no âmbito das jurisprudências nacionais, qualquer destaque para o monismo de Hart, uma vez que as cortes não se prendem à discussão acerca da juridicidade do direito internacional, partindo da premissa de que tal conjunto de normas é, de fato, uma ordem jurídica. Ademais, é perceptível a resistência aos argumentos de Kelsen, sobretudo no tangente ao primado da ordem internacional. Ainda sobre a teoria kelseniana, as jurisprudências nacionais, pelas análises de suas argumentações, tendem a entender que o direito internacional e o direito interno são ordens distintas, ainda que tal conclusão não seja explícita nos julgados.

3.2.1 O posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Especificamente acerca do entendimento das cortes brasileiras acerca das relações entre o direito interno e o direito internacional, a jurisprudência é relativamente escassa, não havendo grande diversidade de posicionamentos. Todavia, assim como feito na análise do entendimento jurisprudencial dos demais países, toma-se como parâmetro a posição da corte constitucional.

Por suposto, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em linhas gerais, é adotado pelas demais cortes nacionais, sobretudo pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁵², pelo

¹⁵⁰ A Constituição se esforça para integrar a Alemanha à comunidade jurídica dos Estados livres e pacíficos, mas não renuncia à soberania contida em última instância na Constituição alemã como o direito de o povo tomar as decisões constitutivas concernentes a questões fundamentais como sua própria identidade. Não há, portanto, qualquer contradição em se buscar a abertura ao direito internacional se a legislação, excepcionalmente, não está em conformidade com os tratados internacionais – mas aceitando, no entanto, as consequências no âmbito das relações internacionais –, uma vez que essa é a única forma pela qual a violação aos princípios fundamentais da constituição pode ser evitada (ver BVerfGE 111, 307 <317-318>). (Tradução livre)

¹⁵¹ ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht. Urteil 2 BvE 2/08*. Berlim, 30 de junho de 2009. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2009/06/es20090630_2bve000208en.html>. Acesso em: 22 de novembro de 2014.

¹⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 74376/RJ**. Brasília, 9 de outubro de 1995. Disponível em:

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁵³ e pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região¹⁵⁴. Há, assim, uma perspectiva significativamente próxima à teoria de Triepel e que se afasta dos modelos de Hart e Kelsen, considerando que o direito nacional prevalece sobre o internacional, bem como que existe uma dualidade de sistemas.

Com efeito, o caso representativo do posicionamento do Supremo Tribunal Federal é o julgamento do Agravo Regimental na Carta Rogatória n. 8279/AT, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello. Na questão, decidiu-se que os tratados internacionais, para terem eficácia no ordenamento pátrio, deveriam ser incorporados por meio de procedimento específico. Nas palavras do acórdão formulado pelo pleno do tribunal:

A recepção de acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL está sujeita à mesma disciplina constitucional que rege o processo de incorporação, à ordem positiva interna brasileira, dos tratados ou convenções internacionais em geral. É, pois, na Constituição da República, e não em instrumentos normativos de caráter internacional, que reside a definição do iter procedimental pertinente à transposição, para o plano do direito positivo interno do Brasil, dos tratados, convenções ou acordos - inclusive daqueles celebrados no contexto regional do MERCOSUL - concluídos pelo Estado brasileiro. (...) A recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executoriedade do ato de direito internacional público, que passa, então - e somente então - a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.¹⁵⁵

No mesmo sentido, o voto do Ministro Celso de Mello é ainda mais incisivo ao afirmar que as normas internacionais não hão de possuir aplicabilidade imediata ao direito interno. Assim, para que um tratado ou acordo produza efeitos no ordenamento jurídico brasileiro, seria necessário que fosse observado o procedimento de incorporação prevista na Constituição.

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=199500464063>. Acesso em: 22 de novembro de 2014.

¹⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas Corpus* n. 70023166200. Porto Alegre, 5 de março de 2008. Disponível em: <<http://goo.gl/WMxocg>>. Acesso em: 22 de novembro de 2014.

¹⁵⁴ Idem. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Apelação Cível* n. 339937. Rio de Janeiro, 9 de julho de 2008. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br/cgi-bin/pingres?proc=200150010065830&mov=1>>. Acesso em: 22 de novembro de 2014.

¹⁵⁵ Idem. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Carta Rogatória* n. 8279. Brasília, 17 de junho de 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324396>>. Acesso em: 22 de novembro de 2014.

(...) torna-se necessário reconhecer que o mecanismo de recepção, tal como disciplinado pela Carta Política brasileira, constitui a mais eloquente atestação de que a norma internacional não dispõe, por autoridade própria, de exequibilidade e de operatividade imediatas no âmbito interno, pois, para tornar-se eficaz e aplicável na esfera doméstica do Estado brasileiro, depende, essencialmente, de um processo de integração normativa que se acha delineado, em seus aspectos básicos, na própria Constituição da República.¹⁵⁶

Assim, é perceptível que as cortes nacionais possuem entendimentos jurisprudenciais alinhados ao do Supremo Tribunal Federal, que, como previsível, em virtude de sua análise espedada na Constituição, preza pela primazia do direito interno. É notório que tal entendimento, somado à necessidade de incorporação do direito internacional por meio de uma norma interna, se adequa ao modelo teórico de Triepel.

Ademais, é de se perceber que o julgado citado não questiona a juridicidade do direito internacional, partindo da premissa que tais regras se tratam de um conjunto normativo jurídico, levando a crer que há uma resistência ao modelo monista de Hart. O entendimento de Kelsen também não pode ser apontado como o adotado pelo STF, sobretudo porque o posicionamento da suprema corte é que há uma dualidade entre os sistemas, não havendo que se falar em monismo.

3.3 Os tratados e a política internacional

Como visto, as cortes internacionais tendem a se filiar ao entendimento de Kelsen, ao passo que os tribunais internos apresentam entendimento alinhado ao modelo dualista de Triepel. No entanto, quando se passa a analisar o contexto dos tratados e da política internacional, a teoria que melhor se amolda à realidade é a monista de Hart.

Isso porque o contexto fático das relações internacionais permite, de certa forma, confirmar duas das principais dúvidas acerca da juridicidade do direito internacional levantadas por Hart, que seriam, justamente, (a) a inexistência de um ente aplicador do direito com jurisdição obrigatória e (b) a ausência de um caráter vinculativo das normas internacionais.¹⁵⁷

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Carta Rogatória n. 8279**. Brasília, 17 de junho de 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324396>>. Acesso em: 22 de novembro de 2014.

¹⁵⁷ HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 279.

Especificamente no que tange à instituição de uma corte internacional capaz de exercer sua jurisdição independentemente da vontade dos Estados, de forma obrigatória, é necessário destacar o que reza a Convenção Americana de Direitos Humanos. Com efeito, o artigo 62 do tratado determina que, para serem julgados na Corte Interamericana, os Estados devem ser parte do tratado e terem reconhecido a jurisdição do tribunal internacional. Nos exatos termos do dispositivo:

Artigo 62 - 1. Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma a outros Estados-membros da Organização e ao Secretário da Corte.

3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, que lhe seja submetido, desde que os Estados-partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêem os incisos anteriores, seja por convenção especial.¹⁵⁸

É notório, portanto, que a jurisdição da Corte Interamericana não é obrigatória, carecendo da aceitação dos Estados para que possa ser exercida pelo tribunal. Isso acaba por ir de encontro à ideia de direito delimitada para os fins do presente estudo, bem como ratifica o posicionamento de Hart quanto à inexistência de uma ordem jurídica internacional.

Na mesma direção, a Convenção Europeia de Direitos Humanos estabelece que somente Estados membros do tratado poderão ser demandados na Corte Europeia de Direitos Humanos. Tal disposição é consignada nos artigos 33 e 34 do tratado:

Artículo 33 - Asuntos interestatales

Toda Alta Parte Contratante podrá someter al Tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otra Alta Parte Contratante.

Artículo 34 - Demandas individuales

El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho^{159 160}.

¹⁵⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)**. San José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 23 de julho de 2015.

¹⁵⁹ Artigo 33 – Assuntos Interestatais

Ademais, em se tratando de cortes internacionais, tem-se as situações da Corte Internacional de Justiça e do Tribunal Penal Internacional (TPI), cujos tratados instituidores, embora expandam a jurisdição de tais cortes, ainda não as tornam completamente obrigatórias, admitindo exceções em que casos teoricamente de suas competências não poderão lhes ser submetidos a julgamento.

O Estatuto da Corte Internacional de Justiça, anexo à Carta das Nações Unidas, em seu artigo 35, reconhece a jurisdição da CIJ para julgar os Estados parte do tratado. Todavia, no caso de Estados que não tenham assumido os compromissos constantes na Carta, salvo a existência de previsões especiais em tratados específicos, as condições em que estes poderão ser julgados haverão de ser estabelecidas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas.

Artigo 35

1. A Corte estará aberta aos Estados que são partes do presente Estatuto.
2. As condições pelas quais a Corte estará aberta a outros Estados serão determinadas pelo Conselho de Segurança, ressalvadas as disposições especiais dos tratados vigentes; em nenhum caso, porém, tais condições colocarão as partes em posição de desigualdade perante a Corte.
3. Quando um Estado que não é Membro das Nações Unidas for parte numa questão, a Corte fixará a importância com que ele deverá contribuir para as despesas da Corte. Esta disposição não será aplicada se tal Estado já contribuir para as referidas despesas.¹⁶¹

Desta feita, ainda que se trate de situação excepcional, o Estatuto da CIJ admite casos em que Estados não possam ser submetidos a julgamento internacional, o que prejudica o caráter obrigatório da jurisdição da Corte. Portanto, a Corte Internacional de Justiça também não poderia ser apontado como o ente aplicador do direito com poderes independente da vontade dos Estados ou de qualquer condição superveniente.

Toda Parte Contratante poderá submeter ao Tribunal qualquer descumprimento do disposto na Convenção e em seus Protocolos que, a seu juízo, possa ser imputado a outra Parte Contratante.

Artigo 34 – Demandas Individuais

O Tribunal poderá conhecer de uma demanda apresentada por qualquer pessoa física, organização não-governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de uma violação por alguma das Partes Contratantes dos direitos reconhecidos na Convenção ou em seus Protocolos. As Partes Contratantes se comprometem a não impor qualquer trava ao exercício eficaz deste direito. (Tradução livre)

¹⁶⁰ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Europeia de Direitos Humanos**. Vilnius, Lituânia, 3 de maio de 2002. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf>. Acesso em: 23 de julho de 2015.

¹⁶¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. São Francisco, Estados Unidos da América, 26 de junho de 1945. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf>. Acesso em: 23 de julho de 2015.

Por fim, tem-se o Tribunal Penal Internacional, que, diferentemente das demais cortes internacionais citadas, é a única que tem competência para julgar indivíduos e não Estados. Assim, em que pese o indivíduo julgado não possa decidir se aceita ou não a jurisdição do TPI, o tribunal somente poderá exercer sua competência nos territórios dos Estados membros do Estatuto de Roma ou daqueles que, em tratados especiais, assim o permitirem, nos moldes do que reza o artigo 4º do referido estatuto.

Artigo 4º

Regime Jurídico e Poderes do Tribunal

1. O Tribunal terá personalidade jurídica internacional. Possuirá, igualmente, a capacidade jurídica necessária ao desempenho das suas funções e à prossecução dos seus objetivos.

2. O Tribunal poderá exercer os seus poderes e funções nos termos do presente Estatuto, no território de qualquer Estado Parte e, por acordo especial, no território de qualquer outro Estado.¹⁶²

Com efeito, o Tribunal Penal Internacional é a corte internacional que mais se aproxima de poder ser apontada como o ente aplicador do direito com jurisdição obrigatória, uma vez que seus julgamentos, diferentemente do que ocorre nas demais cortes internacionais, podem ser levados à cabo independentemente da vontade dos indivíduos julgados. Entretanto, sua competência restrita ao julgamento de pessoas naturais e a necessidade de autorização dos Estados para o exercício de sua jurisdição impedem que o TPI possa ser inquestionavelmente apontado como tal ente.¹⁶³

Ora, assim é justificável entender que, de fato, o direito internacional carece de um órgão ou tribunal possa exercer sua jurisdição de forma semelhante ao que ocorre no caso das cortes nacionais. Decorre daí, portanto, ser compreensível que se verifique a concretização de uma das críticas ao direito internacional constantes do modelo teórico de Hart.

Ademais, no que concerne à ausência de caráter vinculativo das normas internacionais, a análise do contexto internacional pode ser feita a partir do estudo de uma situação emblemática e recente no âmbito da política internacional, que é a disputa pelo controle da Península da Crimeia entre a Rússia e a Ucrânia. No entanto, para uma correta percepção da situação, é necessária uma breve síntese dos fatos que permeiam a disputa.

¹⁶² BRASIL. **Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 23 de julho de 2015.

¹⁶³ Ibidem.

Em meio à crise política que assolava a Ucrânia no início de 2014, a Crimeia, que tinha a condição constitucional de “República Autônoma”, organizou referendo no qual a população do território decidiu, por ampla maioria – o que fora inclusive questionado pela comunidade internacional –, pela união da península à Rússia, na condição de ente federativo. Em seguida, o parlamento da Crimeia declarou sua independência da Ucrânia e requisitou sua acessão pela Rússia, formalizada por meio da assinatura de tratado. No entanto, antes mesmo da realização do referendo, o parlamento russo já havia aprovado o envio de tropas à região, com a justificativa de minimizar as tensões decorrentes do movimento separatista.¹⁶⁴

Assim, em uma análise essencialmente jurídica do caso, é inegável que houve clara violação à Constituição ucraniana. Por certo, embora a carta constitucional ucraniana reconheça a Criméia como uma República Autônoma, seus artigos 132 e 133 estabelecem que tal região comporá o território do país, que será baseado nos princípios da unidade e integridade. No mesmo sentido, o artigo 134 reza que a Crimeia seria parte inseparável do território ucraniano e que deveria agir dentro dos limites permitidos pela constituição.

Article 132. The territorial structure of Ukraine is based on the principles of unity and indivisibility of the state territory, the combination of centralisation and decentralisation in the exercise of state power, and the balanced socio-economic development of regions that takes into account their historical, economic, ecological, geographical and demographic characteristics, and ethnic and cultural traditions.

Article 133. The system of the administrative and territorial structure of Ukraine is composed of the Autonomous Republic of Crimea, oblasts, districts, cities, city districts, settlements and villages.

Article 134. The Autonomous Republic of Crimea is an inseparable constituent part of Ukraine and decides on the issues ascribed to its competence within the limits of authority determined by the Constitution of Ukraine^{165 166}.

Em que pese a inconstitucionalidade do referendo realizado pela Crimeia seja constatada com mero exercício de hermenêutica, a anexação da Crimeia pela Rússia também

¹⁶⁴ MDZINARISHVILI, David. *Timeline: Political crisis in Ukraine and Russia's occupation of Crimea*. Reuters US, 8 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/2014/03/08/us-ukraine-crisis-timeline-idUSBREA270PO20140308>>. Acesso em: 23 de julho de 2015.

¹⁶⁵ Artigo 132. A estrutura territorial da Ucrânia é baseada nos princípios da unidade e indivisibilidade do território estatal, da combinação de centralização e descentralização no exercício do poder estatal, e do equilibrado desenvolvimento socioeconômico das regiões, levando em consideração suas características históricas, econômicas, ecológicas, geográficas e demográficas, bem como as tradições étnicas e culturais.

Artigo 133. O sistema da estrutura administrativa e territorial da Ucrânia é composto pela República Autônoma da Criméia, *oblasts*, distritos, cidades, distritos das cidades, assentamentos e vilas.

Artigo 134. A República Autônoma da Crimeia é parte constituinte inseparável da Ucrânia e decidirá sobre as questões submetidas à sua competência dentro dos limites de autoridade determinados pela Constituição da Ucrânia. (Tradução livre)

¹⁶⁶ UCRÂNIA. Constituição (1996). *Constitution of Ukraine*. Disponível em: <<http://www.ccu.gov.ua/en/doccatalog/list?currDir=12083>>. Acesso em: 22 de novembro de 2014.

não poderia ter sido efetivada em virtude da vigência do Memorando de Budapeste. No tratado, as partes signatárias, Estados Unidos, Rússia e Reino Unido, se comprometem a respeitar a soberania, independência e fronteiras da Ucrânia. Nos exatos termos do memorando:

- 1. The Russian Federation, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America reaffirm their commitment to Ukraine, in accordance with the principles of the Final Act of the Conference on Security and Cooperation in Europe, to respect the independence and sovereignty and the existing borders of Ukraine;*
- 2. The Russian Federation, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America reaffirm their obligation to refrain from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of Ukraine, and that none of their weapons will ever be used against Ukraine except in self-defence or otherwise in accordance with the Charter of the United Nations^{167,168};*

Considerando a Constituição ucraniana e o Memorando de Budapeste, é evidente que a conduta russa atentou contra as normas constitucionais da Ucrânia e violou as disposições de tratado assinado e ratificado pela Rússia. Contudo, mesmo ante a grave violação às disposições da norma internacional, a comunidade internacional não levou a Rússia a julgamento perante qualquer corte, bem como não aplicou sanções minimamente centralizadas ao país. Com efeito, as únicas represálias impostas à Rússia foram reprimendas econômicas levadas a cabo, isoladamente, pelos Estados Unidos e pela União Europeia.

Portanto, se considerada a ausência de jurisdição mandatória das cortes internacionais e a realidade do cenário político contemporâneo – satisfatoriamente ilustrado pela situação na Península da Crimeia –, é visível a concretização dos elementos teóricos propostos pela perspectiva monista de Hart. Em outras palavras, ao se cotejar o direito internacional ao direito interno, paradigma do que se entende como um ordenamento jurídico,

¹⁶⁷ 1. A Federação Russa, o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e os Estados Unidos da América reafirmam seu comprometimento com a Ucrânia, em concordância com os princípios da Acta Final da Conferência sobre Segurança e Cooperação na Europa, para respeitar a independência, a soberania e as fronteiras da Ucrânia;

2. Federação Russa, o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e os Estados Unidos da América reafirmam sua obrigação de se absterem do uso da força contra a integridade territorial ou independência política da Ucrânia, e que nenhum de seus armamentos jamais serão usados contra a Ucrânia, salvo em autodefesa ou, de outra forma, de acordo com a Carta das Nações Unidas. (Tradução livre)

¹⁶⁸ MEMORANDO de Budapeste. *Budapest Memorandums on Security Assurances (1994)*. 5 de dezembro de 1994. Disponível em: <<http://www.cfr.org/arms-control-disarmament-and-nonproliferation/budapest-memorandums-security-assurances-1994/p32484>>. Acesso em: 22 de novembro de 2014.

não seria possível vislumbrar, no escopo da ordem internacional, as características essenciais à sua juridicidade.¹⁶⁹

Isso porque, na falta de instituições com jurisdição compulsória, igualmente faltariam as normas secundárias de reconhecimento, modificação e julgamento, sendo identificáveis apenas normas primárias. Dessa maneira, é inviável estabelecer um critério claro e bem desenhado acerca do que, efetivamente, seria o direito internacional.¹⁷⁰

Na mesma direção, acerca da conduta russa, notoriamente contrária ao Memorando de Budapeste, por estar se tratando de Estados, não há uma equiparação de forças entre os entes que garanta a aplicação de sanções em caso de descumprimento das normas estabelecidas. O que existe, como visto anteriormente, é apenas o risco da imposição de sanções. Ora, no caso, a Rússia, como superpotência internacional, mostrou-se disposta a enfrentar as sanções que lhe poderiam ser impostas pela transgressão ao tratado. Todavia, o país suportou apenas sanções unilaterais dos Estados Unidos e da União Europeia, que não podem ser apontadas como centralmente organizadas, ante a inércia da comunidade internacional como um todo.

Então, pode-se dizer que a ausência de sanções centralmente organizadas acabou por não vincular a Rússia ao cumprimento das obrigações assumidas no Memorando de Budapeste¹⁷¹. Assim, nos moldes da teoria de Hart, a Rússia somente esteve vinculada à norma internacional enquanto presente o elemento volitivo para tanto e, uma vez que o país não mais nutria a intenção de cumprir o tratado, não houve qualquer recurso que o mantivesse vinculado à obrigação internacional.

Isto posto, é nítido que, no âmbito dos tratados e da política internacional, as cortes internacionais, de fato, não possuem poder jurisdicional obrigatório, prejudicando a identificação das normas secundárias de Hart, bem como é crível que os Estados não estão efetivamente vinculados às normas internacionais. Atentando-se a tanto, é possível, com efetiva fundamentação, inferir que a teoria de Hart se adequa bem ao contexto do cenário internacional contemporâneo.¹⁷²

¹⁶⁹ HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 286.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 287.

¹⁷¹ Ibidem, p. 287.

¹⁷² Ibidem, p. 287.

3.3.1 A afinidade entre o contexto político internacional e a teoria realista das Relações Internacionais

Partindo de um ponto de vista não mais essencialmente jurídico e tendo em mente o cenário da política internacional anteriormente retratado, é inevitável que se reconheça algumas afinidades com a doutrina do realismo político, desenvolvida no campo das Relações Internacionais. Embora a parte majoritária da academia internacionalista entenda que o realismo é uma corrente doutrinária ultrapassada, seus pressupostos teóricos podem, ainda hoje, ser aplicados à realidade com bastante precisão, o que demonstra a atualidade do modelo teórico.

A teoria realista das Relações Internacionais tem, como seu expoente principal, o estudioso alemão Hans Joachim Morgenthau. Importa salientar que não se pretende aqui esmiuçar os conceitos e as bases fundamentais do realismo – até porque estaria em muito se afastando do objeto fulcral do presente estudo –, mas apenas destacar dos pontos da teoria que se adequam à realidade da política internacional.

Inicialmente, acerca da jurisdição das cortes internacionais, Morgenthau faz um paralelo com as cortes nacionais, entendendo que, para a verificação de um sistema judicial, seriam necessárias três características. Primeiramente, a possibilidade de o julgamento ser realizado independentemente da anuência do sujeito que é demandado. Em segundo lugar, que a decisão da corte assuma posição hierárquica superior à vontade das partes. E, finalmente, que o resultado do julgamento tenha efeitos *stare decisis* – expressão mais afeta ao regime do *common law*, onde o entendimento do tribunal sobre a legislação é dado como definitivo e dá à jurisprudência um caráter obrigatório.¹⁷³

Com efeito, embora Morgenthau reconheça tais elementos nas cortes internas, o mesmo não ocorre com os tribunais internacionais. Assim, entende o estudioso que:

O direito internacional, portanto, mostra-se deficiente em todos os três aspectos fundamentais de um sistema judicial: jurisdição compulsória, hierarquia das decisões judiciais e aplicação da norma de *stare decisis* pelo menos no que diz respeito às decisões da mais alta corte.¹⁷⁴

Ora, os três elementos citados, exatamente como visto nos tratados constitutivos das cortes internacionais e na análise do contexto político efetivada, de fato não estão

¹⁷³ MORGENTHAU, Hans Joachim. **A Política Entre as Nações: A luta pelo poder e pela paz**. Tradução de Kenneth W. Thompson. 3ª. ed. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 2003. p 522.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 523.

presentes nas cotes internacionais. Decorre daí, então, a necessidade de se reconhecer que assiste alguma razão ao entendimento da teoria realista.

Em um segundo momento, Morgenthau entende que as normas internacionais não vinculariam verdadeiramente os Estados, uma vez que “cada nação só está obrigada por aquelas normas de direito internacional em ela tenha consentido¹⁷⁵”. Esse fenômeno somente seria verificado porque, em uma retomada do pensamento anterior, “a única fonte para a jurisdição dos tribunais internacionais está na vontade que os Estados manifestem de lhes submeter disputas para uma decisão judicial¹⁷⁶”.

Em seguida, considerando a ausência de um órgão jurisdicional central, a teoria realista aceita a possibilidade de Estados com grande influência sobrepujarem os direitos e prerrogativas de Estados menor poderio, que só obteria suporte da comunidade internacional e as condições de equilíbrio de poder entre as potências fossem favoráveis a uma tentativa efetiva de implementar o direito internacional por meio de sanções ao país transgressor¹⁷⁷. Ora, isso se encontra em perfeita sintonia com o que se passou com a disputa na Península da Crimeia e a ideia de Hart de que as normas somente serão efetivamente cumpridas quando as forças daqueles dispostos a respeitá-las superar as dos que optarem por violá-las.

Ficaria em cheque, portanto, o caráter vinculativo das normas internacionais, sobretudo quando Morgenthau questiona:

Se as normas do direito internacional são violadas de modo sistemático, e se essas violações são aceitas com naturalidade por todos os sujeitos da lei – se, em outras palavras, as normas legais são tratadas pelos que as deviam implementar como se não existissem – surge a pergunta: será que elas ainda existem como normas legais com força compulsória?¹⁷⁸

Embora o autor não responda a própria indagação, entende-se que as normas internacionais careceriam, sim, de caráter vinculativo e compulsório, sobretudo quando considerada a teoria de Hart.

Pelo que já fora exposto, Morgenthau aduz que, ao contrário do que ocorre no âmbito do direito interno, onde as leis, decretos e atos normativos criam, inquestionavelmente, regras jurídicas, a juridicidade das normas entabuladas nos tratados

¹⁷⁵ MORGENTHAU, Hans Joachim. **A Política Entre as Nações: A luta pelo poder e pela paz**. Tradução de Kenneth W. Thompson. 3ª. ed. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 2003. p 512.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 523.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 539.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 520.

internacionais, mesmo aqueles assinados e ratificados por todos os Estados, seria incerta. Com efeito, é essa incerteza “que abala os próprios alicerces do direito internacional¹⁷⁹”.

Não se pode olvidar, todavia, que existem demais teorias no âmbito das relações internacionais que dariam explicações diversas das aqui aduzidas para o contexto político internacional, mas não se há de se debruçar sobre esta temática para não incorrer em divagações além do objeto de estudo. No entanto, é inegável e perceptível que há, entre a teoria essencialmente jurídica de Hart, a teoria política de Morgenthau e a realidade, pontos comuns que permitem questionar seriamente a juridicidade do direito internacional.

3.4 A situação do direito internacional privado

Durante a maior parte deste estudo, o raciocínio desenvolvido e as teorias abordadas tratavam, essencialmente, da análise de como o direito internacional público se relaciona com o direito interno. Entretanto, não se pode ignorar a situação do direito internacional privado, cujo estudo, embora muitas vezes preterido pela doutrina internacionalista, se mostra de extrema importância.

Com efeito, o direito internacional privado, ainda que seja, por motivos didáticos ou qualquer outra justificativa, intitulado como “direito internacional”, é, em verdade, a estipulação do direito interno sobre a aplicabilidade de legislação estrangeira aos casos que estiverem ligados a mais de um ordenamento jurídico. Em outras palavras:

Por vezes, a relação jurídica com conexão internacional está mais vinculada a um ou a vários ordenamentos jurídicos estrangeiros do que com o direito pátrio. Quando essa situação ocorre, contudo, cada Estado determina individualmente, conforme a sua própria legislação, sendo aplicado o direito no qual a relação jurídica com conexão internacional tenha seu “centro de gravidade”.¹⁸⁰

Isto posto, se observado o direito internacional privado à luz do ordenamento interno, seja ele qual for, não existiriam conflitos entre as leis a serem aplicadas, pois estas seriam apontadas pela própria legislação nacional. Imagine-se, exemplificativamente, uma ação proposta em juízo brasileiro e cujo deslinde necessite da produção de provas de fatos ocorridos na Argentina. Ora, ao analisar o caso, o juiz brasileiro certamente aplicará ao caso, quanto à produção da prova e ao ônus probatório, a legislação argentina, por expressa

¹⁷⁹ MORGENTHAU, Hans Joachim. **A Política Entre as Nações: A luta pelo poder e pela paz**. Tradução de Kenneth W. Thompson. 3ª. ed. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 2003. p 518.

¹⁸⁰ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p 19.

determinação do direito brasileiro, que, no artigo 13 do Decreto-Lei n. 4.657/1942, reza que “a prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se¹⁸¹”.

No entanto, se partir-se de uma análise supranacional, serão variados os conflitos de normas, uma vez que as regras de direito internacional privado estabelecidas pelos diversos ordenamento nacionais são, não raro, conflitantes entre si. Apenas a título exemplificativo, vejam-se as disposições conflitantes do Código Civil peruano e da lei de direito internacional privado venezuelana acerca da lei aplicável nos casos de divórcio:

Artículo 2081. El derecho al divorcio y a la separación de cuerpos se rigen por la ley del domicilio conyugal^{182, 183}.

*Artículo 23. El divorcio y la separación de cuerpos se rigen por el Derecho del domicilio del cónyuge que intenta la demanda.
El cambio de domicilio del cónyuge demandante sólo produce efecto después de un año de haber ingresado en el territorio de un Estado con el propósito de fijar en él la residencia habitual^{184, 185}.*

É evidente o conflito entre as disposições das normas, pois, enquanto a legislação peruana entende aplicável a lei do domicílio conjugal, a lei venezuelana aplica a lei do domicílio do cônjuge que propor a demanda. Dentro da concepção inicialmente proposta, de que um sistema jurídico pressupõe uma relação de coerência interna, não é cabível afirmar que dois dispositivos tão divergentes possam pertencer à mesma esfera jurídica.

Ainda, pode-se dizer que, ao aplicar uma norma de direito estrangeiro, o juiz nacional está somente cumprindo a determinação do próprio direito nacional. Ou seja, só é possível aplicar o direito estrangeiro porque o ordenamento nacional assim o permite e exige. Ora, se não houvesse tal previsão, é certo que julgador haveria de aplicar somente a norma interna. Assim, em uma análise *a posteriori*, é crível que o direito internacional privado é

¹⁸¹ BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 24 de julho de 2015.

¹⁸² Artigo 2081. O direito ao divórcio e à separação de corpos se regem pela lei do domicílio conjugal.

¹⁸³ PERU. **Código Civil - Decreto Legislativo n. 295**. Disponível em: <<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codcivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>>. Acesso em: 23 de julho de 2015.

¹⁸⁴ Artigo 23. O divórcio e a separação de corpos se regem pelo direito do domicílio do cônjuge que intenta a demanda. A mudança de domicílio do cônjuge demandante somente produz efeitos depois de um ano de haver ingressado no território de um Estado com o propósito de nele fixar sua residência habitual.

¹⁸⁵ VENEZUELA. **Ley de Derecho Internacional Privado**. Disponível em: <http://www.cne.gob.ve/registrocivil/uploads/repoDocs/f3da5e0a751b6624f84ac8169c28a92764ccc2c3_1293024671.pdf>. Acesso em: 23 de julho de 2015.

determinado pelo direito interno, sendo dele parte integrante e carecendo de um caráter essencialmente internacional.

Essa percepção é exatamente a mesma da teoria dualista de Triepel, sendo gritantes as semelhanças do entendimento do teórico com a análise prática da situação do direito internacional privado. Portanto, não parece desarrazoado afirmar que o direito internacional privado não constitua normas de direito internacional propriamente ditas, mas seja apenas um campo específico direito interno.

CONCLUSÃO

Uma vez delimitados os conceitos teóricos fundamentais à discussão proposta, analisadas as abordagens das principais correntes teóricas que se dedicam a explicar as relações entre o direito interno e direito internacional e, por fim, verificada a aplicabilidade prática de tais teorias no âmbito da jurisprudência das cortes internacionais e nacionais, bem como no contexto político das relações internacionais, florescem, finalmente, as conclusões do presente estudo. No entanto, não se objetiva aqui esgotar a discussão proposta, mas, tão somente, apresentar um ponto de vista crítico e interdisciplinar acerca das relações entre a ordem jurídica internacional e a ordem nacional.

Inicialmente, acerca do que, provavelmente, venha a ser a conclusão mais pacífica de todo o estudo desenvolvido, pode-se dizer que o chamado direito internacional privado é, em verdade, apenas área específica componente do direito interno. Não seria tecnicamente acertado lhe conferir a qualidade de “internacional”, uma vez que tal ramo jurídico se dedica a indicar a norma aplicável, em um juízo nacional, quando o caso concreto se apresentar ligado a mais de um ordenamento jurídico.

Ao fim e ao cabo, seria mais coerente e técnico se referir ao “direito internacional privado” como um direito transnacional, eis que não há, em seu escopo, um caráter de relações entre Estados ou entre estes e indivíduos, havendo, em verdade, situações jurídicas que transcendem os ordenamentos jurídicos nacionais e que, para seu deslinde, ensejam a aplicação de direito estrangeiro. Por outro lado, considerando a consolidação do nome da disciplina na doutrina e na jurisprudência – e até mesmo em algumas legislações, como a venezuelana –, é aceitável que se fale em um “direito internacional privado”, desde que seja feita a ressalva quanto à inexistência de seu caráter internacional.

Voltando o foco ao direito internacional público, objeto principal aqui estudado, entende-se a teoria monista internacionalista de Kelsen e a teoria dualista de Triepel, assim como as correntes mais modernas, carecem de aplicabilidade prática.

Isso porque, especificamente acerca do monismo kelseniano e suas releituras modernas, trata-se de uma visão teórica adotada, precipuamente, pela doutrina internacionalista e pela jurisprudência das cortes internacionais. Com efeito, é uma perspectiva com fundo idealista, pautada na expectativa de que a norma internacional poderia, de fato, limitar a atuação dos Estados soberanos e ser apontada como hierarquicamente superior à ordem nacional.

Na mesma senda, a teoria dualista de Triepel, embora apresente um viés menos idealista, reconhecendo a soberania dos Estados e a necessidade de internalização da norma internacional para sua validade jurídica, é falha ao não conciliar a juridicidade do direito internacional e violação dos tratados sem que sejam aplicadas sanções ao país violador. Por suposto, o principal equívoco da teoria é partir do pressuposto que o direito internacional seria uma ordem jurídica. É uma teoria que não tem tanta aceitação na doutrina, mas que, por dar primazia ao direito interno e prezar pela dualidade de sistemas, é vista com bons olhos pelas cortes nacionais.

Como aqui se condicionou a adequação das teorias abordadas à sua aplicabilidade prática à realidade, o monismo de Kelsen e o dualismo de Triepel não poderiam ser apontados como os melhores modelos teóricos. Isso ocorre, basicamente, porque, assim como as cortes internacionais – estas principalmente – e nacionais, as teorias tentam explicar a realidade a partir de uma análise apriorística, pautada na esfera do *dever ser*, sem muitas reflexões daquilo que realmente *é* o mundo fático.

Resta, então, a teoria monista de Hart, que critica a juridicidade do direito internacional. Embora o modelo também apresente algumas falhas, suas críticas ao direito internacional podem, efetivamente, ser verificadas no plano real. Foi exatamente o que se destacou com a análise dos tratados instituidores das cortes internacionais e da situação na Península da Crimeia.

Ademais, a teoria de Hart parece se preocupar mais com a explicação do *ser* do que com o *dever ser* do direito internacional, encontrando espeque em observação essencialmente realista do cenário internacional. Justamente dessa percepção é que surge sua afinidade com o realismo das Relações Internacionais de Morgenthau.

Assim, as normas de direito internacional não conseguiriam vincular os Estados, nem mesmo quando estes as tiverem incorporadas em seus ordenamentos nacionais, tampouco seria possível identificar a presença de normas secundárias ou a existência de um ente central legislador ou aplicador do direito internacional. Então, em virtude do paradigma da soberania, estariam os Estados obrigados ao cumprimento das regras internacionais somente enquanto eles assim o quiserem, não havendo instrumentos eficazes e obrigatórios para a aplicação de sanções organizadas.

Poderia se alegar, para afastar a teoria de Hart, que, comumente, as normas de direito internacional são cumpridas, o que é, inquestionavelmente, verdade. Acontece,

todavia, que o cumprimento constante das regras de direito internacional não é gerado por uma compulsoriedade apoiada em sanções, mas sim pelo risco político e diplomático que o seu descumprimento acarretaria. É interesse dos Estados cumprir as obrigações internacionais que assumem em tratados, para que obtenham a confiança da comunidade internacional. E essa afirmação encontra respaldo justamente no entendimento de Morgenthau, que diz:

Em sua grande maioria, as normas de direito internacional são geralmente observadas por todas as nações, sem necessidade de uma efetiva obrigatoriedade, porque de modo geral coincide com o interesse nacional de todas as nações honrar as suas obrigações perante o direito internacional.¹⁸⁶

Por tudo o que já fora exposto, somente é justificável reconhecer o direito internacional como uma ordem jurídica em perspectiva completamente idealista e isolada da realidade. Em adição, não se poderia, em hipótese alguma, reconhecer que a norma internacional tem primazia sobre a norma nacional, uma vez que somente a vontade do Estado, positivada, em regra, na sua Constituição, poderia submeter o país ao jugo de um tratado. Assim, mesmo em uma perspectiva ideal em que se atribui caráter vinculante à norma internacional, esta estaria subordinada às constituições dos Estados, que por serem integrantes do direito interno, abalariam a primazia da ordem internacional.

O que desponta como a mais adequada conclusão, então, é reconhecer que, a despeito do surgimento de organizações internacionais extremamente complexas, como a União Europeia, o direito internacional ainda não se adapta ao conceito geral de direito sobre o qual se funda o presente estudo. Como decorrência lógica disto, não seria correto afirmar que as normas de direito internacional ensejam um sistema jurídico.

No entanto, em uma visão menos radicalista, se considerado que o direito internacional possui normas primárias, que ditam padrões de comportamento a serem adotados pelos Estados, seria possível afirmar que se trataria de um sistema jurídico primitivo, que se assemelha ao encontrado em pequenas comunidades. Isso é plausível, essencialmente, por causa das normas primárias, que seriam cumpridas pela imposição da força dos Estados, não pela presença de normas secundárias ou existência de um ente central legislador ou aplicador das regras, como reconhece Kelsen. Nesse cenário, de uma forma ou de outra, é inevitável que se faça remissão à semelhança que a realidade internacional teria com a ideia do estado de natureza de Hobbes, obviamente respeitadas as devidas proporções

¹⁸⁶ MORGENTHAU, Hans Joachim. **A Política Entre as Nações: A luta pelo poder e pela paz**. Tradução de Kenneth W. Thompson. 3ª. ed. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 2003. p 540.

entre Estados e indivíduos. Assim, o direito internacional, visto como sistema jurídico primitivo, seria dotado de alguma juridicidade, mas ainda não poderia ser estritamente considerado como um direito.

Acerca da hierarquia entre as normas, tendo em vista a ausência de juridicidade do direito internacional – ou mesmo sua essência primitiva – e o paradigma da soberania dos Estados, não parece correto outro entendimento senão o de que o direito interno, inquestionavelmente, em caso de antinomias normativas, haverá de prevalecer sobre o direito internacional.

Nessa direção, para que uma norma de direito internacional seja dotada de eficácia e tenha aplicabilidade no plano fático, é preciso que seja transposta para direito interno por meio de uma norma de incorporação. Outra possibilidade, seria, também que as normas de direito interno previssessem a aplicabilidade automática do direito internacional, como ocorre em algumas Constituições. Note-se, que, independentemente do cenário, sempre é necessário que uma norma interna autorize o direito internacional a produzir efeitos no ordenamento jurídico nacional.

Por fim, tem-se que, em um panorama geral do direito internacional, há quem diga que, no futuro, as organizações internacionais regionais, como a União Europeia e a Organização dos Estados Americanos, contarão com um aparato normativo altamente eficaz e complexo, capaz, inclusive, de elevar o direito internacional ao status de direito como conceituado no início do estudo e de se tornar hierarquicamente superior ao direito interno. Todavia, soa pouco provável que, em algum momento, os Estados abdicuem completamente de sua soberania ao ponto de se sujeitarem às normas criadas no âmbito internacional. Isso porque a ideia de soberania é intrínseca à própria noção de Estado.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht. Urteil 2 BvE 2/08*. Berlim, 30 de junho de 2009. Disponível em: http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2009/06/es20090630_2bve000208en.html>. Acesso em: 22 de novembro de 2014.

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Moral and Legislation**. 1ª ed. Kitchener: Batoche Books, 2000. 248 p.

BESSON, Samantha; TASIOLAS, John. **The Philosophy of International Law**. 1ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010. 611 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 de novembro de 2014.

_____. **Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 23 de julho de 2015.

_____. **Decreto n. 5.445, de 12 de maio de 2005**. Promulga o Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, aberto a assinaturas na cidade de Quioto, Japão, em 11 de dezembro de 1997, por ocasião da Terceira Conferência das Partes da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5445.htm>. Acesso em: 23 de julho de 2015.

_____. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 de julho de 2015.

_____. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 24 de julho de 2015.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 de julho de 2015.

_____. **Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005.** Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111106.htm>. Acesso em: 23 de julho de 2015.

_____. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 23 de julho de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Carta Rogatória n. 8279.** Brasília, 17 de junho de 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324396>>. Acesso em: 22 de novembro de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 74376/RJ.** Brasília, 9 de outubro de 1995. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=199500464063>. Acesso em: 22 de novembro de 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus n. 70023166200.** Porto Alegre, 5 de março de 2008. Disponível em: <<http://goo.gl/WMxocg>>. Acesso em: 22 de novembro de 2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Apelação Cível n. 339937.** Rio de Janeiro, 9 de julho de 2008. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br/cgi-bin/pingres?proc=200150010065830&mov=1>>. Acesso em: 22 de novembro de 2014.

BULL, Hedley. **A Sociedade Anárquica:** Um estudo sobre a ordem política e mundial. Tradução de Sérgio Bath. 1ª ed. São Paulo: Universidade de Brasília, 2002. 361 p.

CASSESE, Antonio. **International Law.** 1ª ed. New York: Oxford University Press, 2002. 469 p.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Europeia de Direitos Humanos**. Vilnius, Lituânia, 3 de maio de 2002. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf>. Acesso em: 23 de julho de 2015.

ESPANHA. *Tribunal Constitucional de España. Declaración n. 1/2004*. Madri, 13 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=15919>>. Acesso em: 22 de novembro de 2014.

FRANÇA. *Conseil Constitutionnel. Decision n. 2006-540 DC*. Paris, 27 de julho de 2006. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2006540DCen2006_540dc.pdf>. Acesso em: 22 de novembro de 2014.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. 392 p.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de Rosina D'Angina. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2012. 562 p.

ITÁLIA. *Corte Costituzionale. Sentenza n. 238*. Roma, 22 de outubro de 2014. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S238_2013_en.pdf>. Acesso em: 22 de novembro de 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 637 p.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. 427 p.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 1.214 p.

MDZINARISHVILI, David. **Timeline: Political crisis in Ukraine and Russia's occupation of Crimea**. Reuters US, 8 de março de 2014. Disponível em:

<<http://www.reuters.com/article/2014/03/08/us-ukraine-crisis-timeline-idUSBREA270PO20140308>>. Acesso em: 23 de julho de 2015.

MELLO, Celso D. de Aalbuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. I, 2000. 865 p.

MEMORANDO de Budapeste. ***Budapest Memorandums on Security Assurances (1994)***. 5 de dezembro de 1994. Disponível em: <<http://www.cfr.org/arms-control-disarmament-and-nonproliferation/budapest-memorandums-security-assurances-1994/p32484>>. Acesso em: 22 de novembro de 2014.

MORGENTHAU, Hans Joachim. **A Política Entre as Nações: A luta pelo poder e pela paz**. Tradução de Kenneth W. Thompson. 3ª ed. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 2003. 1094 p.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 422 p.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. São Francisco, Estados Unidos da América, 26 de junho de 1945. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf>. Acesso em: 23 de julho de 2015.

_____. ***Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations (1986)***. Viena, Áustria, 21 de março de 1986. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_2_1986.pdf>. Acesso em: 23 de julho de 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)**. San José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 23 de julho de 2015.

_____. Corte Interamericana de Direitos Humanos. ***Sentencia Almonacid Arellano y otros versus Chile***. San José, 26 de setembro de 2006. Disponível em:

<http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos_sentencias/CasoAlmonacidArellano_ExcepcionesPreliminaresFondoReparacionesCostas.htm>. Acesso em: 22 de novembro de 2014.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sentencia "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y Otros versus Chile)*. San José, 5 de fevereiro de 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>. Acesso em: 22 de novembro de 2014.

PERU. *Código Civil - Decreto Legislativo n. 295*. Disponível em: <<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codcivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>>. Acesso em: 23 de julho de 2015.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 448 p.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Paulo Neves. 7ª ed. Porto Alegre: L&PM, 2014. 151 p.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 1.492 p.

TRIEPEL, Karl Heinrich. **As relações entre o direito interno e o direito internacional**. Tradução de Amílcar de Castro. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.6, v.17, p. 7-64, 1966.

UCRÂNIA. Constituição (1996). *Constitution of Ukraine*. Disponível em: <<http://www.ccu.gov.ua/en/doccatalog/list?currDir=12083>>. Acesso em: 22 de novembro de 2014.

VENEZUELA. *Ley de Derecho Internacional Privado*. Disponível em: <http://www.cne.gob.ve/registrocivil/uploads/repoDocs/f3da5e0a751b6624f84ac8169c28a92764ccc2c3_1293024671.pdf>. Acesso em: 23 de julho de 2015.